

Numero 2 - 2016

Il diritto *vivente*

Rivista quadrimestrale di *Magistratura Indipendente*

Direttore *Mario Cicala*



Direttore

MARIO CICALA (*presidente della Commissione tributaria regionale della Toscana*)

Comitato di direzione

CECILIA BERNARDO (*giudice del Tribunale di Roma*) - MANUEL BIANCHI (*giudice del Tribunale di Rimini*) - PAOLO BRUNO (*consigliere per la giustizia e gli affari interni presso la Rappresentanza permanente d'Italia presso l'Unione europea*) - MARINA CIRESE (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - VITTORIO CORASANITI (*magistrato addetto all'Ufficio studi del Consiglio superiore della magistratura*) - ALESSANDRO D'ANDREA (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - COSIMO D'ARRIGO (*consigliere della Corte di cassazione*) - BALDOVINO DE SENSI (*magistrato addetto alla Segreteria del Consiglio superiore della magistratura*) - LORENZO DELLI PRISCOLI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - PAOLA D'OVIDIO (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - ANNAMARIA FASANO (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - GIANLUCA GRASSO (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - STEFANO GUIZZI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - ANTONIO LEPRE (*consigliere della Corte d'appello di Napoli*) - FERDINANDO LIGNOLA (*consigliere della Corte di cassazione*) - NICOLA MAZZAMUTO (*presidente del Tribunale di sorveglianza di Messina*) - ENRICO MENGONI (*consigliere della Corte di cassazione*) - LOREDANA MICCICHÉ (*consigliere della Corte d'appello di Roma*) - CORRADO MISTRI (*ispettore generale del Ministero della giustizia*) - ROBERTO MUCCI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - FIAMMETTA PALMIERI (*magistrato addetto alla Segreteria del Consiglio superiore della magistratura*) - GIUSEPPE PAVICH (*consigliere della Corte di cassazione*) - RENATO PERINU (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - FRANCESCA PICARDI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - PAOLO PORRECA (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - GUIDO ROMANO (*giudice del Tribunale di Roma*) - UGO SCAVUZZO (*giudice del Tribunale di Messina*) - LUCA VARRONE (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*)

In copertina: Vasilij Vasil'evič Kandinskij, *senza titolo*

Indice del fascicolo 2°

(maggio-agosto 2016)

Gli Autori.....	5
Edoardo CILENTI - <i>Commissione ministeriale per la riforma del CSM. Correntismo o localismo? vince il compromesso</i>	6
ORDINAMENTO GIUDIZIARIO	10
Lorenzo DELLI PRISCOLI - <i>La riforma del concorso in Magistratura</i>	
Corrado MISTRI - <i>La responsabilità disciplinare dei magistrati del pubblico ministero per omesso compimento di attività doverose durante la fase delle indagini preliminari</i>	19
Antonio LEPRE - <i>Responsabilità civile dei magistrati e giurisprudenza difensiva</i>	25
CIVILE	
Lorenzo DELLI PRISCOLI - <i>Danno non patrimoniale di lieve entità e principio di solidarietà</i>	35
Alessandra GATTO - <i>Consumatore e “persona”</i>	54
Lorenzo DELLI PRISCOLI - <i>La libertà di concorrenza nelle professioni intellettuali</i>	86
Paola D’OVIDIO - <i>Legge di Stabilità 2016 e modifiche alla Legge Pinto: durata irragionevole a costi razionali</i>	103
TRIBUTARIO	
Francesca PICARDI - <i>Gli atti impugnabili dinanzi al giudice tributario: gli orientamenti della Suprema</i>	133
LAVORO	
Renato PERINU - <i>Poteri istruttori d’ufficio nel rito del lavoro: orientamenti giurisprudenziali consolidati e problemi ancora aperti</i>	139
PENALE	
Enrico MENGONI - <i>Ne bis in idem in materia tributaria e giurisprudenza sovranazionale: una questione ancora aperta</i>	145
Irene SCORDAMAGLIA - <i>La scienza genetica e il processo penale</i>	165

PUBBLICO

Edmondo CACACE - <i>Classificazione delle valutazioni tecniche della p.a., riparto di giurisdizione e sindacato dell'Autorità Giudiziaria.....</i>	176
--	-----

EUROPA

Paolo BRUNO - <i>La strategia per la giustizia elettronica ed il piano d'azione del Consiglio dell'Unione Europea. Accesso al diritto, accesso alla giustizia e comunicazioni giudiziarie transfrontaliere...</i>	193
---	-----

Gli Autori

Paolo BRUNO, *consigliere per la giustizia e gli affari interni presso la Rappresentanza permanente d'Italia presso l'Unione europea*

Edmondo CACACE, *giudice del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere*

Edoardo CILENTI, *consigliere della sezione lavoro della Corte d'appello di Napoli*

Lorenzo DELLI PRISCOLI, *magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*

Paola D'OVIDIO, *magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*

Alessandra GATTO, *avvocato*

Antonio LEPRE, *consigliere della Corte d'appello di Napoli*

Enrico MENGONI, *consigliere della Corte di cassazione*

Corrado MISTRI, *sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*

Renato PERINU, *magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*

Francesca PICARDI, *magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*

Irene SCORDAMAGLIA, *consigliere della Corte di cassazione*

EDOARDO CILENTI

Commissione ministeriale per la riforma del CSM. Correntismo o localismo? Vince il compromesso

Nel settembre 2015 il ministro Orlando ha voluto istituire due commissioni di riforma: una per l'ordinamento giudiziario, l'altra con l'incarico di elaborare uno schema di riforma della disciplina legale in materia di costituzione e funzionamento del Csm, tenendo conto anche delle iniziative di autoriforma e delle proposte elaborate dallo stesso organo di autogoverno.

Nel mese di marzo 2016 le commissioni hanno depositato i rispettivi elaborati.

Sarà ora il governo, con una valutazione politica, a dover scegliere tra le opzioni in campo.

Tra queste spicca per rilievo la annunciata riforma del sistema elettorale per la nomina dei magistrati al Consiglio superiore. Il vigente meccanismo è fondato su un sistema maggioritario senza voto di lista e articolato su tre collegi unici nazionali a base uninominale, ed è stato introdotto nel 2002 con il dichiarato intento di contrastare le degenerazioni correntizie e di impedire indebite interferenze dei gruppi associativi. Questo scopo però non è stato raggiunto e anzi si è creato un effetto opposto, giacché i candidati sono pari ad un numero pressoché corrispondente a quello degli eleggibili, e ciò in virtù di accordi preventivi assunti all'interno dei gruppi associativi.

Sulle possibili alternative il dibattito in commissione è stato molto ampio e variegato, ma un dato su tutti va rimarcato: l'obiettivo di combattere il *correntismo* esige un cambio di mentalità generale che non può non coinvolgere l'intera categoria della magistratura. Il sistema elettorale non può, da solo, risolvere le rilevanti criticità che si sono manifestate e, personalmente, mi iscrivo tra coloro che esprimono dubbi rispetto alla effettiva idoneità di una nuova legge che possa contrastare ciò che solo i magistrati stessi possono eliminare. Per ogni sistema di voto è sempre possibile una torsione e il problema riguarda dunque il corpo elettorale. I fatti lo dimostrano. Le molteplici riforme elettorali che si sono succedute non hanno mai condotto ai risultati sperati. Già l'intervento legislativo del 2002 si inseriva in una lunga serie di precedenti interventi di più o meno vasta portata in questa materia, e sul Csm ormai da lunghi anni è in atto una intensa quanto improduttiva discussione. Cambiare la formula dunque non basta se non c'è la volontà, il vigore e

la credibilità per smontare il sistema alla radice, ma questa è una questione decisamente assai più complicata da affrontare.

Ora il bivio che si pone sembra essere il seguente: correntismo o localismo.

Da un lato si è infatti convinti che per innovare realmente sia necessario superare il collegio unico nazionale, prevedendo per la elezione dei consiglieri collegi territoriali, sebbene non molto piccoli.

Si pensa che il collegio unico nazionale inevitabilmente richieda due elementi: una notorietà mediatica che non sempre giova al buon andamento della giurisdizione, oppure un sostegno determinante da parte di un apparato organizzato che solo le correnti possono offrire (e gestire). Diversamente appare assolutamente irrealistica l'idea che il candidato possa essere conosciuto e apprezzato personalmente da tutti i suoi potenziali elettori.

Per altro verso i collegi territoriali presentano il rischio della prevalenza di logiche localistiche e fortemente individuali, sebbene rivelino l'indiscusso vantaggio di una diretta conoscenza dei candidati, così da offrire spazio a persone autorevoli che chiedono di essere votate principalmente per il loro *curriculum* professionale e per la stima di cui godono. Questa del resto è stata la ragione dell'abbandono del sistema per liste contrapposte. Se però l'elezione si "*territorializza*", circoscrivendola entro il recinto di un limitato numero di distretti giudiziari, la persona eletta non sarebbe più rappresentativa dei magistrati italiani, ma soltanto di coloro che esercitano le funzioni in quei luoghi. L'articolo 104 della Costituzione sembrerebbe voler affermare un principio opposto, laddove al quarto comma recita che i componenti sono eletti "*da tutti i magistrati ordinari*".

Sembra cioè che lo spirito della Costituzione sia quello di coinvolgere nell'elezione tutti i magistrati, indistintamente, e ciò ai fini del fondamentale valore della rappresentatività. Né si intravede qualche spunto che possa far propendere per un principio "federalistico" all'interno della categoria. Il ruolo della magistratura in altri termini è unico e unitario e sarebbe finanche pernicioso creare "*rivalità*" territoriali.

Dalla relazione introduttiva al ddl 2310 del luglio 2010 (a cui si è fatto riferimento nei lavori della commissione) si rileva ad esempio la tesi secondo cui l'esigenza della rappresentatività non sarebbe l'obiettivo cui deve uniformarsi il Csm. Se così fosse la rappresentatività la si eviterebbe allora solo con il sorteggio, opzione però preliminarmente esclusa già nella fase iniziale di studio.

La normativa più idonea è dunque fondata sul collegio unico nazionale, perché ogni componente del Consiglio è eletto da tutto il corpo elettorale e quindi si sente abilitato e competente a ingerirsi nella gestione di ogni distretto. Al contrario apparirebbe ancora più propenso alla lottizzazione un Csm di "notabili", ciascuno dei quali esclusivamente interessato agli affari del proprio collegio.

La commissione si è allora concentrata su un sistema di compromesso, ovvero un sistema con una prima fase di tipo maggioritario per collegi territoriali e una seconda fase di tipo proporzionale per collegio nazionale con liste concorrenti. Alla prima fase possono liberamente partecipare magistrati che si candidino secondo la categoria di appartenenza e nel collegio ove esercitano l'attività giudiziaria, purché su presentazione di un certo numero di colleghi del medesimo collegio. Alla seconda fase è ammesso un numero di candidati sensibilmente più ampio rispetto ai seggi da assegnare e che abbiano ottenuto ovviamente il maggior numero di voti. L'idea è che alla seconda fase possano accedere otto colleghi per la legittimità, sedici per la requirente e quaranta per la giudicante. Questa fase si svolge con il voto di lista e si prevede la possibilità di una preferenza unica oppure duplice a favore di candidati della stessa lista o anche a favore di candidato di altra lista purché in entrambi i casi di genere diverso.

La maggioranza della commissione si è espressa favorevolmente all'adozione di un siffatto sistema elettorale per più motivi: forte innovazione rispetto ai sistemi previgenti, possibilità di candidature libere, recupero in seconda battuta attraverso la aggregazione in liste della condivisione di opzioni culturali. E' però sempre estremamente difficile prevedere le conseguenze di qualsivoglia riforma di un sistema elettorale. Gli effetti concreti nascono infatti da un macchinoso intreccio fra norma e realtà. E non è detto che non possano determinarsi ancora una volta conseguenze impreviste e imprevedibili. Vale la pena ricordare che il collegio unico nazionale, attualmente confermato, era stato introdotto dalla riforma del 1975 e che fu abbandonato dal legislatore del 1990 in favore di quattro collegi territoriali formati mediante sorteggio, proprio con lo scopo di attenuare l'influenza delle correnti. A proposito di sorteggio, questa opzione, come accennato, esce definitivamente perdente dal dibattito. Una prudente lettura dell'art. 104 suscita innegabili dubbi di costituzionalità e l'argomento testuale può essere superato solo con una revisione costituzionale.

L'associazione nazionale magistrati recentemente rinnovatasi dovrà ora fornire il suo contributo di conoscenza e di saggezza sulle riforme. Il rimprovero che si rivolge al sistema delle correnti è di avere un minimo spento la tensione ideale del confronto culturale per appiattirsi sul bilancino della spartizione delle carriere.

E' il momento invece di recuperare i migliori valori e di stringerci con assoluta unità di intenti intorno al nostro organo di autogoverno per rafforzarne il compito istituzionale di adempimento ai doveri di garanzia voluti dalla Costituzione.

LORENZO DELLI PRISCOLI

La riforma del concorso in Magistratura

Sommario: 1. La proposta di legge delega di riforma dell'ordinamento giudiziario. - 2. I requisiti per accedere al concorso. - 3. Il contenuto delle prove scritte. - 4 Qualche suggerimento.

1. La proposta di legge delega di riforma dell'ordinamento giudiziario.

Una commissione di studio guidata da Michele Vietti ha di recente predisposto un progetto di riforma dell'ordinamento giudiziario sfociato in una proposta di legge delega, la cui discussione in Parlamento è imminente. Tale proposta ha ad oggetto non solo la disciplina dell'accesso in magistratura ma si inserisce anche in un più ampio quadro di riforme della giustizia che riguardano anche: 1) una revisione della geografia giudiziaria, attraverso una più razionale distribuzione territoriale delle corti d'appello; 2) una riforma degli illeciti disciplinari e delle incompatibilità dei magistrati; 3) una riforma del sistema delle valutazioni di professionalità e di conferimento degli incarichi; 4) una riforma dei trasferimenti di sede e di funzioni dei magistrati; 5) una riorganizzazione degli uffici del pubblico ministero.

Venendo alla riforma della disciplina del concorso in magistratura, le modifiche più rilevante sono due: i requisiti per accedere al concorso e i contenuti delle prove scritte.

2. I requisiti per accedere al concorso.

La prima modifica della disciplina del concorso in Magistratura consiste in un parziale ritorno al passato, consentendo l'accesso al concorso ai neolaureati in giurisprudenza ma non a tutti: soltanto a coloro che abbiano un voto di laurea pari o superiore a 108/110 e una media di almeno 28/30 negli esami più importanti¹.

¹ Questo il testo della proposta di un nuovo art. 2, comma 1-bis del d.lgs. n. 160 del 2006 (l'art. 2, comma 1, è dedicato ai requisiti necessari per accedere al concorso in magistratura):

Al concorso sono ammessi altresì, anche se privi dei requisiti di cui al comma 1 [ossia i dipendenti dello Stato laureati in giurisprudenza e con almeno 5 anni di servizio, i ricercatori o professori universitari, coloro che possiedono il diploma della scuola di specializzazione per le professioni legali o coloro che hanno frequentato uno stage formativo di almeno 18 mesi presso un ufficio giudiziario; con la riforma non sono invece più sufficienti il titolo di avvocato o il titolo di dottore in ricerca in materie giuridiche: mentre quanto al titolo di avvocato purtroppo, a seguito del sostanziale svuotamento dell'esame di abilitazione – e conseguentemente dell'art. 33, comma 5 Cost. - causato dalla possibilità – in nome della libera circolazione delle persone all'interno dell'Unione europea - di divenire

Condivido pienamente lo spirito della riforma nella parte in cui si sforza di contrastare l'eccessivo innalzamento dell'età media di coloro che superano l'esame. Nella relazione illustrativa si sottolineano giustamente le conseguenti ricadute previdenziali sui neogiudici entrati tardi in magistratura: io però vorrei evidenziare anche, e forse soprattutto, che attualmente, con la legge attualmente in vigore, rischiamo di perdere molti giovani brillanti neolaureati, potenziali bravissimi magistrati. Oggi infatti, per quei giovani brillanti neolaureati, il concorso in magistratura non è più appetibile come un tempo, perché all'allungamento dei tempi dovuto al fatto di dover obbligatoriamente frequentare una scuola di specializzazione o uno stage formativo si aggiunge la quasi assoluta incertezza sui tempi successivi: il bando del concorso in magistratura non è coordinato con la fine della scuola e i requisiti per partecipare al concorso devono essere posseduti al momento della scadenza del bando e non al momento degli scritti. Accadrà così ad esempio che ai prossimi scritti in magistratura per 350 posti, che si svolgeranno ai primi di luglio, non potranno accedere, come invece sarebbe logico, coloro che avranno appena conseguito il diploma della scuola di specializzazione. Questa assoluta incertezza sui tempi, senza contare quelli relativi alla correzione degli scritti e, ultimamente, quelli che vanno dalla conclusione del concorso all'effettiva chiamata in servizio, rende quanto mai difficile per quel brillante giovane neolaureato, resistere alla tentazione di entrare immediatamente nel mondo del lavoro, magari presso lo studio legale del professore con il quale ha discusso la tesi.

Non vorrei sembrare eccessivo nello scomodare l'art. 3, comma 2, della Costituzione, ma non possono poi nascondersi oggettivi problemi nell'assicurare l'uguaglianza sostanziale tra i candidati: spesso la scelta di entrare subito nel mondo del lavoro, per quel brillante giovane neolaureato, è quasi obbligata per l'impossibilità di chiedere alla famiglia di essere mantenuto

avvocati all'estero senza un esame di abilitazione – attualmente questa possibilità esiste in Spagna o Romania – per poi trasferirsi in Italia, effettivamente questa modifica può avere un senso, ritengo che escludere dal concorso in magistratura i possessori di un titolo prestigioso e che soprattutto comporta una forte applicazione nello studio come il dottorato; tale esclusione appare altresì contraddittoria perché dimostra sfiducia nei confronti dell'Università, la quale al contempo è molto responsabilizzata perché gli si affida il compito di decidere quali laureati possano accedere direttamente al concorso perché possessori di voti alti e quali no; inoltre penalizzerebbe eccessivamente coloro che hanno iniziato il corso di dottorato contando poi di partecipare al concorso in magistratura, senza iscriversi ad una Scuola, oltretutto incompatibile con la frequentazione del dottorato], *i laureati in possesso del diploma di laurea in giurisprudenza conseguito al termine di un corso universitario di durata non inferiore a quattro anni e che abbiano riportato una media di almeno 28/30 negli esami di diritto costituzionale, diritto privato, diritto processuale civile, diritto commerciale, diritto penale, diritto processuale penale, diritto del lavoro e diritto amministrativo, nonché un punteggio di laurea non inferiore a 108/110.*

negli studi a tempo indeterminato, senza oltretutto poter garantire a sé stesso e alla famiglia la sicurezza di diventare magistrato, e con la consapevolezza che, fallite le prove in magistratura e quindi a distanza di 5-10 anni, quel professore con il quale ha discusso la tesi potrebbe molto probabilmente non essere più interessato a quel dottore in giurisprudenza, pur sempre brillante ma ormai non più giovanissimo, non più neolaureato e quasi sicuramente anche avvilito e scoraggiato.

Un suggerimento utile sarebbe quello di modificare e rendere più incisivo il testo dell'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 160 del 2006², prevedendo che debba svolgersi tutti gli anni uno scritto i primi giorni di luglio; che possano accedervi tutti coloro che prima di tali scritti siano in possesso del diploma della scuola di specializzazione o degli altri requisiti richiesti dalla legge e che i posti messi a concorso siano non solo tutti quelli scoperti ma anche quelli relativi ai Magistrati che sicuramente andranno in pensione nei successivi due anni, in modo da riuscire a garantire tendenzialmente l'obiettivo del pieno organico nella magistratura, che è uno dei problemi che maggiormente affligge e danneggia la giustizia italiana, soprattutto perché, come ampiamente risaputo, le maggiori scoperture riguardano i posti meno ambiti e dove invece più vi sarebbe bisogno di magistrati.

La situazione è aggravata anche dalla circostanza che attualmente la selezione per l'accesso alle scuole di specializzazione per le professioni legali è di fatto praticamente nulla, dato che i posti messi a concorso sono superiori al numero delle richieste e che non sono indicati criteri, nemmeno in linea di massima, per la selezione dei candidati, di modo che le commissioni incaricate possono decidere di promuovere anche coloro che, per ipotesi, abbiano errato tutte le risposte (si tratta in questo caso di una selezione a quiz, organizzata a livello nazionale con correzione centralizzata dei moduli a lettura ottica consegnati ai candidati). Si pensi poi che le Università hanno il massimo interesse ad ammettere tutti coloro che fanno domanda, perché pagano una sostanziosa retta alle Università stesse. Una maggiore selezione in questa fase – aspetto sul quale invece il progetto di riforma non interviene - potrebbe forse aiutare a scoraggiare da subito quegli aspiranti magistrati non particolarmente brillanti che invece, accedendo alla scuola, si illudono di poter sostenere con successo il concorso in magistratura. Del resto in Francia

² *La nomina a magistrato ordinario si consegue mediante un concorso per esami bandito con cadenza di norma annuale in relazione ai posti vacanti e a quelli che si renderanno vacanti nel quadriennio successivo, per i quali può essere attivata la procedura di reclutamento.*

la selezione dei magistrati avviene per entrare all'*École nationale de la Magistrature* (Scuola nazionale della Magistratura), e quindi prima, non dopo la Scuola, come invece avviene da noi. Sotto questo aspetto potrebbe essere utile rimeditare la distinzione, che avviene con la riforma, tra i “bravi”, che possono accedere subito al concorso, e coloro che invece devono prima frequentare la Scuola. L’esperienza infatti insegna che molto spesso lacune in un aspirante magistrato che hanno determinato voti non particolarmente brillanti all’Università non vengono colmate mediante la Scuola, e questo non per particolari carenze delle Scuole sesse, ma semplicemente perché spesso si tratta di lacune dei neolaureati per così dire “strutturali”, che cioè si trascinano dalla scuola dell’obbligo e dalle scuole superiori, e che si manifestano, prima che in carenze giuridiche, in gravi difficoltà nell’esprimere il pensiero in maniera corretta, sia da un punto di vista grammaticale che dell’organizzazione del pensiero (forse non del tutto irragionevolmente in passato l’accesso alla facoltà di giurisprudenza era consentito solo a coloro che avevano conseguito la maturità classica).

Anche le Università non sono probabilmente del tutto esenti da colpe, in quanto troppo spesso trascurano del tutto l’esercizio della scrittura, dimenticando che la professione del giurista impone quasi sempre l’uso continuo dell’arte dello scrivere. Tirando le fila del discorso, sarebbe quindi forse paradossalmente più utile consentire senza distinzione a tutti i neolaureati in giurisprudenza di accedere subito al concorso, in modo da permettergli di sapere dopo un numero accettabile di anni (il tempo di partecipare a tre concorsi in magistratura), se la loro strada è quella della magistratura o se invece sono più adatti per altri lavori, parimenti dignitosi. Da ultimo non può non evidenziarsi come in questo modo si eviterebbe il rischio di una corsa verso le Università ritenute più facili e generose nei voti, il che, a catena, determinerebbe la forte tentazione, per le Università stesse, che delle rette universitarie vivono, di mostrarsi effettivamente più generose e maggiormente condiscendenti con gli studenti, con un prevedibile incremento in breve tempo degli aspiranti magistrati abilitati a partecipare al concorso con la sola laurea e senza ulteriori requisiti, con inevitabile ulteriore ingolfamento delle procedure concorsuali.

3. I contenuti delle prove scritte.

La seconda modifica della disciplina del concorso in Magistratura consiste nell'introduzione allo scritto, al posto di una delle prove di diritto civile, penale o amministrativo della *“redazione di una sentenza, che postuli conoscenze di diritto sostanziale e di diritto processuale”*³.

Quanto a tale proposta di modificare una delle prove dell'esame scritto, sinceramente non riscontro questa impellente esigenza di cambiare il taglio esclusivamente teorico del concorso, che per tanti anni ha prodotto ottimi risultati, selezionando per la magistratura italiana delle menti eccelse. L'introduzione di una prova pratica di redazione di una sentenza a scapito di una prova teorica, rischia di apparire solo l'indice (come lo era stata la disastrosa introduzione della prova preselettiva a quiz) di una ricerca della modernità a tutti i costi e di una certa acritica soggezione a modelli giuridici anglosassoni di *common law* che privilegiano la pratica rispetto alla teoria nei cui confronti la cultura giuridica romanistica e italiana ha davvero poco da invidiare. Il pericolo è infatti quello di dimenticare che per i vincitori del concorso è previsto un lungo, articolato e approfondito tirocinio prima di prendere le funzioni, che ha proprio lo scopo, tra le altre cose, di apprendere la tecnica di redazione delle sentenze, che solo attraverso una pratica reale a fianco di un magistrato può essere davvero compresa e digerita. Quello prima del concorso invece, sempre a mio sommo avviso, è soprattutto il tempo dello studio, della riflessione teorica, che richiede tempo per sedimentare le idee e consentire i collegamenti, tempo che purtroppo, quando si entra nel mondo del lavoro, viene inevitabilmente ad essere sempre più carente. Conseguenza della modifica normativa oltretutto sarà quella di ampliare le discipline di studio per lo scritto: mentre attualmente per prassi il diritto processuale amministrativo già può sostanzialmente essere oggetto della prova scritta di diritto amministrativo, una notevole indiretta novità della riforma è quella di “costringere” gli aspiranti magistrati a preparare per lo scritto anche procedura civile e procedura penale, dato che la prova pratica che “postuli conoscenze di diritto processuale” viene decisa per sorteggio appunto tra penale, civile e amministrativo. Questo ampliamento delle discipline potrebbe apparentemente essere considerata una novità positiva: tuttavia è evidente che la quantità non può che andare inevitabilmente a scapito della qualità; inoltre le procedure difficilmente

³ Questo il testo della proposta di un nuovo art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 160 del 2006.

3. La prova scritta consiste nello svolgimento di tre elaborati, rispettivamente vertenti sul diritto civile, sul diritto penale e sul diritto amministrativo. Due elaborati sono di natura teorica e il terzo di natura pratica, consistente nella redazione di una sentenza, che postuli conoscenze di diritto sostanziale e di diritto processuale. L'abbinamento fra i tre elaborati e le tre materie è sorteggiato dalla Commissione.

possono essere realmente comprese e fatte proprie senza la pratica sul campo di cui ho già parlato. Temo inoltre che le Scuole di specializzazione e le Università non siano attualmente in grado di fornire agli studenti un'adeguata preparazione per la redazione di una sentenza⁴, con il forte rischio di un ulteriore rafforzamento delle scuole provate di preparazione al concorso in magistratura. Senza considerare che il sorteggio della prova pratica introduce inevitabilmente un fattore "fortuna" nel concorso, dato che i candidati potrebbero scegliere di non studiare una o due delle tre procedure astrattamente richieste⁵ sperando nella buona sorte.

4. Qualche suggerimento.

Riterrei che lo scritto del concorso in magistratura dovrebbe selezionare coloro che hanno le maggiori capacità critiche, di ragionamento e di buona scrittura, privilegiando la scelta di argomenti non eccessivamente asfittici e circoscritti, i quali esaltano invece uno studio eccessivamente nozionistico e quindi inevitabilmente poco meditato. Un candidato deve poter ottenere un voto molto alto anche se non è a conoscenza dell'ultima sentenza sul tema oggetto di

⁴ La relazione illustrativa alla legge delega in tema di scuole di specializzazione prevede che nelle Scuole debbano essere tenuti corsi sia di tipo pratico che teorico, ma è prevedibile che non tutte le Scuole riusciranno ad assicurare corsi del genere, anche perché, in assenza di precedenti, ancora non è chiaro in cosa possa consistere esattamente la prova pratica:

Art. [.....] (*Delega al Governo per la riforma della disciplina delle scuole di specializzazione per le professioni legali*)

1. Il Governo, al fine di qualificare e definire il percorso formativo post universitario delle scuole di specializzazione di cui all'articolo 16 del decreto legislativo 17 novembre 1997, n. 398, quale canale di accesso al concorso per magistrato ordinario, è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per la modifica della predetta disciplina, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:

a) prevedere l'istituzione di scuole esclusivamente destinate all'accesso in magistratura. Ridefinire i criteri per la determinazione del numero di laureati da ammettere alle scuole di specializzazione di cui all'articolo 16 del decreto legislativo 17 novembre 1997, n. 398, introducendo come parametro il numero dei posti relativi agli ultimi concorsi di magistrato ordinario;

b) ridurre la durata delle scuole di specializzazione di cui all'articolo 16 del decreto legislativo 17 novembre 1997, n. 398 sino ad un massimo di 18 mesi e, conseguentemente, ridefinire i modelli didattici di formazione, stabilendo che devono contenere corsi sia di tipo pratico che teorico e prevedendo la piena autonomia didattica delle scuole, salva l'omogeneità dell'insegnamento nelle materie oggetto di prova scritta del concorso per l'accesso in magistratura;

c) introdurre misure volte ad incentivare la possibilità delle scuole di specializzazione di consorzarsi al fine di ridurre il numero complessivo sul territorio nazionale per garantire un'offerta formativa maggiormente omogenea e qualificata;

d) prevedere un esame unico nazionale, cui far conseguire il rilascio del diploma di specializzazione;

e) prevedere che i laureati in possesso dei requisiti per l'accesso diretto al concorso in magistratura possano frequentare i corsi pratici delle scuole di specializzazione senza obbligo di sostenere l'esame finale.

⁵ Procedura civile, procedura penale e diritto processuale amministrativo.

esame, purché dimostri spirito critico, capacità di orientarsi fra le norme e di sviluppare delle idee ragionevoli, non necessariamente in linea con la giurisprudenza prevalente o la dottrina dominante.

Si sottolineano poi nella relazione illustrativa della riforma le difficoltà incontrate, da parte dell'Amministrazione, per l'organizzazione delle prove d'esame, nella gestione di un sempre crescente numero di candidati, e da parte delle commissioni d'esami, per l'allungamento dei tempi necessari per la correzione degli elaborati scritti e per lo svolgimento delle prove orali: su questo punto ritengo che, data la lunghezza complessiva dei tempi che ho illustrato in precedenza, costituisca garanzia per tutti che la Commissione d'esame, chiamata ad un lavoro quanto mai delicato e importante, pur dovendo naturalmente lavorare a ritmi serrati, non abbia però anche "l'ansia di finire il prima possibile", che potrebbe essere deleteria per il raggiungimento dell'obiettivo di selezionare davvero i migliori. Anche altri rimedi escogitati in passato, come una preselezione basata sui quiz, a mio avviso giustamente abbandonata, rischiavano di introdurre una selezione basata su un avvilente nozionismo che nulla ha a che fare con le doti che si richiedono ad un bravo magistrato.

Per contemperare le avvertite e ragionevoli esigenze⁶ da un lato di consentire a tutti i neolaureati di accedere immediatamente al concorso e dall'altro di non caricare la commissione d'esame del compito di correggere una quantità esorbitante di elaborati, che per un verso rende estremamente difficile il mantenimento un metro omogeneo di giudizio per l'intero periodo della correzione degli scritti e per un altro rende inevitabile la suddivisione in sottocommissioni, potrebbe pensarsi, prendendo spunto da quanto effettivamente escogitato dalla Camera dei deputati anni fa per la selezione dei suoi funzionari della carriera direttiva, ad una preselezione aperta a tutti e consistente nello svolgimento di due prove scritte di diritto civile e di diritto penale, senza l'ausilio dei codici, su tematiche ampie e relativamente semplici, con due o al massimo tre ore a disposizione per ciascun elaborato (in modo che non possano essere eccessivamente lunghi da correggere). Questa preselezione permetterebbe di escludere dai veri e propri scritti tutti coloro

⁶ Si legge infatti nella relazione illustrativa: *la riflessione della Commissione ha preso le mosse dall'analisi di problemi emergenti dall'applicazione dell'attuale disciplina dell'accesso in magistratura: 1) quello relativo all'eccessivo innalzamento dell'età media di coloro che superano l'esame... 2) quello relativo alle difficoltà incontrate, da parte dell'Amministrazione, per l'organizzazione delle prove d'esame, nella gestione di un sempre crescente numero di candidati, e da parte delle commissioni d'esami, per l'allungamento dei tempi necessari per la correzione degli elaborati scritti.*

che hanno limitate capacità giuridiche, logiche o di scrittura che, come purtroppo dimostra l'esperienza dei concorsi, sono la maggioranza degli aspiranti magistrati, e consentirebbe alla commissione da un lato di elaborare tracce meno specifiche (che inevitabilmente rendono più nozionistico lo studio e accentuano il fattore "fortuna" nella selezione dei candidati) e dall'altro di correggere un numero molto minore di scritti, con conseguenti benefici quanto all'omogeneità dei criteri di correzione.

Quanto all'ipotizzato intervento di riforma delle scuole di specializzazione per le professioni legali, attualmente disciplinate dall'art. 16 del d.lgs. n. 398 del 1997, si prevede, tra le altre condivisibili modifiche, un'ampia autonomia delle scuole, salvo che nelle materie oggetto di prova scritta. Valuto positivamente tale modifica purché tale norma possa interpretarsi nel senso che nelle materie oggetto di svolgimento della loro autonomia, le scuole possano decidere di impartire gli insegnamenti oggetto delle prove scritte, così da creare una scuola per le professioni legali in cui oggetto della didattica siano solo le materie dello scritto in magistratura (che poi sono anche le stesse della prova scritta per diventare avvocato): mi permetterei infatti di consigliare maggiore pragmatismo e prendere atto che gli specializzandi, dovendo superare un concorso che di fatto si vince quasi sempre con il superamento degli scritti dato il bassissimo numero di ammessi agli orali (tradizione che io suggerirei di non abbandonare, perché allontana quello che sarebbe un deleterio sospetto di possibili raccomandazioni per i futuri magistrati), sono concentrati quasi esclusivamente su diritto civile, penale ed amministrativo, potendo dedicarsi alle materie oggetto dell'orale nel significativo lasso di tempo che passa tra lo scritto e l'orale.

Non a caso infatti, le frequentatissime (e molto costose) scuole private di preparazione al concorso in magistratura hanno sempre come insegnamenti esclusivamente quelli oggetto della prova scritta. A tale proposito appare irragionevole dimenticare, proprio in presenza del ricordato mancato coordinamento fra conclusione della scuola di specializzazione e prove scritte, l'assenza di una offerta formativa legata alle università per gli specializzati (nonché per tutti le categorie di coloro che possono accedere al concorso) che li accompagni fino al concorso: l'esperienza attuale dimostra che i più motivati fra gli specializzati, una volta finita la Scuola ed in attesa del concorso, si iscrivono alle già ricordate costosissime scuole private. Sotto questo punto di vista, l'indicazione nella legge delega di una riduzione della durata della Scuola può senz'altro considerarsi un passo avanti solo se si considera la frequentazione della Scuola come una necessità

formale per ottenere il diploma necessario per accedere al concorso in magistratura; da un punto di vista sostanziale però una riduzione della durata delle Scuole non farebbe che aumentare ulteriormente gli spazi delle scuole private. Un suggerimento potrebbe dunque essere quello di strutturare il corso di studi delle Scuole su più anni, in modo da accompagnare il neolaureato dalla laurea al momento del concorso, rendendo però obbligatoria la frequentazione solo del primo anno. In questa maniera le Scuole verrebbero anche stimolate a puntare al massimo sulla qualità fin dal primo anno, nella speranza che i propri studenti, trovatisi bene, decidano di proseguire i loro studi all'interno della stessa Scuola.

Un'ultima notazione su quello che potrebbe sembrare apparentemente un dettaglio e che invece dimostra la scarsa considerazione che, più o meno inconsciamente, si ha per coloro che abbiano una conoscenza delle lingue straniere, sicuramente utili, specie in una prospettiva futura, per un giovane magistrato. Attualmente, scelta confermata con la riforma, è previsto (art. 1, comma 4 del d.lgs. n. 160 del 2006) un *colloquio su una lingua straniera: diventano magistrati coloro che ottengono un giudizio di idoneità nel colloquio sulla lingua straniera prescelta*. Per quanto è a mia conoscenza, da quando è stata introdotta questa modifica, mai nessun aspirante magistrato è stato respinto all'orale solo per una inidoneità nella lingua straniera. Ciò è ben comprensibile: chi se la sentirebbe di respingere un aspirante magistrato che dopo aver superato gli scritti e tutte le numerose e complesse materie degli orali abbia poi mostrato una scarsa conoscenza della lingua straniera? Sarebbe allora forse più ragionevole attribuire alla lingua straniera la dignità di una materia come le altre, attribuendo alla commissione la possibilità di esprimere non un semplice giudizio di idoneità o meno ma un vero e proprio voto, in modo che il magistrato che abbia una perfetta conoscenza della lingua possa ottenere un giudizio più alto rispetto a chi riesca soltanto a biasciare e storpiare qualche parola straniera⁷.

Nel complesso la riforma appare senz'altro introdurre delle incisive e utili modifiche alla disciplina dell'accesso alla magistratura ordinaria, anche se l'impressione generale è che tali modifiche siano state talvolta proposte senza una reale visione d'insieme e senza una piena ed effettiva conoscenza di tutti gli effettivi problemi che affliggono non solo la giustizia italiana ma anche i tantissimi aspiranti magistrati.

⁷ Dovrebbe altresì essere attribuita al candidato la facoltà di dimostrare la conoscenza di ulteriori lingue straniere, con conseguente possibilità per la commissione di innalzare il voto.

CORRADO MISTRI

La responsabilità disciplinare dei magistrati del pubblico ministero per omesso compimento di attività doverose durante la fase delle indagini preliminari

1. Premessa.

Tra le principali ipotesi di rilievo deontologico che interessano il magistrato del pubblico ministero⁸ viene in rilievo il fenomeno dell'omissione nel compimento di attività doverose durante la fase delle indagini preliminari, tra cui possono annoverarsi:

- la tardiva ovvero l'intempestiva iscrizione del nominativo della persona sottoposta ad indagini nel registro di cui all'articolo 335, cod. proc. pen.;
- l'omessa vigilanza sugli ausiliari o sulla polizia giudiziaria che non rispettano i termini stabiliti per l'espletamento dell'incarico ovvero delle investigazioni delegate;
- il mancato rispetto dei termini previsti per la conclusione delle indagini preliminari;
- la vera e propria inerzia investigativa, ossia il mancato compimento di qualsivoglia attività e la mancata assunzione di determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione penale, trascorso un lasso di tempo dalla scadenza dei termini di cui agli articoli 405, 406 e 407, cod. proc. pen., oltre ogni ragionevolezza.

2. Orientamenti giurisprudenziali del giudice disciplinare.

Dopo un iniziale orientamento secondo cui la condotta del magistrato del pubblico ministero che ritarda ovvero omette l'iscrizione nell'apposito registro del nominativo della persona sottoposta ad indagini, in virtù del principio di specialità, è stata ritenuta sussumibile nella fattispecie del reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni di cui alla lettera q), dell'articolo 2, comma 1, decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109⁹, attualmente tale comportamento è pacificamente ritenuto integrare l'illecito disciplinare sanzionato dall'articolo 2, comma 1, lettera g), decreto legislativo n. 109 del

⁸ Il dato statistico presentato dal Procuratore Generale della Corte di Cassazione in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2016 evidenzia che, su n. 100 magistrati sottoposti a procedimento disciplinare, n. 64 svolgono funzioni giudicanti e n. 36 quelle requirenti.

⁹ si veda la sentenza n. 57 del 2012, della Sezione Disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura, pronunciata nel procedimento disciplinare n. R.G. 100/2010.

2006¹⁰, trattandosi di <<adempimento per il quale non sussiste alcun margine di discrezionalità¹¹>>.

Del pari, anche la mancanza di correttezza nell'adempimento del dovere funzionale tassativamente previsto dall'articolo 335, cod. proc. pen., è stata apprezzata in chiave di disvalore deontologico nell'ipotesi di iscrizione di *notitia criminis* nel registro Mod. 45 (atti non costituenti notizia di reato) anziché in quello Mod. 21, avendo il giudice disciplinare¹² ritenuto, in una recente pronuncia, che tale condotta integrasse grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile e pertanto inosservanza degli articoli 1, comma 1 e 2, comma 1, lettera g), decreto legislativo n. 109 del 2006¹³.

Anche la condotta del pubblico ministero che omette di sollecitare per iscritto al consulente il deposito dell'elaborato peritale, consentendo in tal modo la protrazione oltre ogni ragionevole durata di un procedimento in fase di indagini preliminari, è stata ritenuta inquadrabile nella violazione dell'articolo 2, comma 1, lettera g), decreto legislativo da ultimo citato¹⁴; mentre si è ritenuto non commettere tale illecito disciplinare il magistrato del pubblico ministero che, conferita una delega investigativa alla polizia giudiziaria, non solleciti il deposito della annotazione né faccia istanza di proroga delle indagini, assumendo però tempestivamente le proprie determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione penale (nella concreta fattispecie attraverso richiesta di archiviazione), <<trattandosi di condotta che rientra nell'ambito della valutazione discrezionale riservata al magistrato inquirente¹⁵>>.

3. La violazione dei termini delle indagini preliminari.

¹⁰ si veda la sentenza 4 giugno 2014, n. 92, della Sezione Disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura; naturalmente la condotta può essere in concreto valutata <<di scarsa rilevanza>>, ai sensi dell'articolo 3-bis, decreto legislativo n. 109 del 2006, ove, ad esempio, dalla ritardata iscrizione non sia derivato alcun danno alle parti (in tal senso si veda l'ordinanza n. 59 del 2014, della Sezione Disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura, pronunciata nel procedimento disciplinare n. R.G. 46/2013).

¹¹ in tal senso Sez. Un., sent. 12 ottobre 2011, n. 20936.

¹² sentenza 24 aprile 2015, dep. 22 luglio 2015, n. 83, della Sezione Disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura; nella fattispecie, all'iscrizione a Mod. 45 era seguita l'emissione di decreti di perquisizione e sequestro.

¹³ merita di essere incidentalmente ricordata, al proposito, la decisione di Sez. Un., sent. n. 34536 dell'11 luglio 2001, che riconosce il potere di avocazione al Procuratore Generale presso la Corte di appello in caso di iscrizione a Mod. 45 di una notizia di reato, costruendolo come reazione ad un atto abnorme del pubblico ministero.

¹⁴ si veda la sentenza 4 giugno 2014, n. 92, della Sezione Disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura.

¹⁵ in tal senso Sez. Un., sent. 15 giugno 2015, n. 12311.

La mancata definizione del procedimento penale entro i termini previsti dagli articoli 405, 406 e 407, cod. proc. pen., è stata ritenuta configurare l'illecito disciplinare nell'esercizio delle funzioni per grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile¹⁶ [lettera g), articolo 2, comma 1, decreto legislativo n. 109 del 2006], atteso che la mancata assunzione di una qualunque determinazione in ordine all'esercizio dell'azione penale, una volta scaduti i termini di durata delle indagini preliminari, incide, da un lato sull'interesse delle parti alla quanto più possibile celere definizione del procedimento penale e dall'altro sull'interesse pubblico al controllo dell'operato del pubblico ministero da parte del giudice.

Non, quindi, la pura e semplice violazione dei termini di cui agli articoli 405, 406 e 407, cod. proc. pen., integra illecito disciplinare, dovendo essere considerati, per la configurabilità della fattispecie di cui alla lettera g), una serie di elementi inferenziali da cui desumere la <<negligenza inescusabile>>, quali, ad esempio, la circostanza che l'oggetto delle indagini riguardi fatti di rilevante gravità ovvero di particolare allarme sociale, la presenza sul ruolo di un numero non trascurabile di procedimenti di risalente iscrizione, il numero delle richieste di archiviazione per prescrizione del reato senza che il pubblico ministero abbia provveduto a richiedere la proroga del termine delle indagini, la presenza di istanze di sollecita trattazione del procedimento da parte della persona offesa, ovvero, ancora, il mancato rispetto delle *scelte di graduazione nella trattazione degli affari operate dal dirigente dell'ufficio, qualora sia evidente l'esistenza di una situazione oggettiva che rende impossibile la trattazione tempestiva di tutti i procedimenti assegnati*¹⁷.

Del resto, considerato il limite oggettivo alla capacità di smaltimento del lavoro dell'organismo giudiziario nel suo complesso e della Procura della Repubblica in particolare, la distinzione tra l'adozione di criteri di priorità che tendono ad operare scelte razionali nell'impegno delle risorse e l'arbitraria selezione dei procedimenti da promuovere è ben chiara anche al giudice disciplinare, che ha escluso la responsabilità per la mancata trattazione di tipologie di

¹⁶ principio affermato sin dalla sentenza 16 gennaio 2010, n. 16, della Sezione Disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura, secondo cui <<[...]/anche la fase delle indagini preliminari, pur se estranea alla nozione di processo, è regolata dal principio di ragionevole durata, con conseguente inescusabilità della protrazione di una condotta omissiva per un arco di tempo sicuramente irragionevole[...]>>.

¹⁷ si veda, in proposito, la sentenza 11 ottobre 2013, n. 145, della Sezione Disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura

procedimenti a seguito di una scelta motivata e consapevole operata secondo criteri e direttive di carattere generale¹⁸.

In proposito va ricordato che compete al procuratore della Repubblica, ai sensi dell'articolo 1, comma 2, seconda parte, decreto legislativo 20 febbraio 2006, assicurare <<il rispetto delle norme sul giusto processo da parte del suo ufficio>>, impedendo l'accumularsi di ritardi di eccessiva ed irragionevole durata nell'assunzione delle determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale una volta scaduti i termini di durata delle indagini preliminari, e che la violazione di tale disposizione normativa ben può essere fonte di responsabilità disciplinare per il capo dell'ufficio, ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettera g), decreto legislativo n. 109 del 2006, non potendo che essere qualificata grave e conseguente ad inescusabile negligenza, contrastando con i parametri fissati nella Costituzione all'articolo 111, comma 2, e nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, all'articolo 6.

4. L'inerzia investigativa.

Quanto, invece, alla mera inazione del pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari, si è ritenuto, sin dall'anno 2013, che *l'omesso compimento di ogni e qualsivoglia attività investigativa da parte del P.M. integri la violazione dell'articolo 2, co. 1, lett. g), decreto legislativo n. 109 del 2006, qualora sia provata una negligenza inescusabile del magistrato con accertamento demandato al giudice di merito e da effettuare caso per caso.*

Il giudice disciplinare¹⁹, rimarcata in linea generale la gravità della condotta di inerzia investigativa derivante dal fatto che il disposto di cui all'art. 405, comma 1, cod. proc. pen. trasfonde in regola procedurale il principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale, ha peraltro ritenuto, sin dalla sentenza n. 79 del 2010, che valgono ad escludere la negligenza inescusabile:

- *l'unicità o meno dell'episodio nella vita professionale del magistrato;*
- *la laboriosità ed il carico di lavoro;*
- *i favorevoli giudizi espressi in tema di valutazione di professionalità;*

¹⁸ si veda, in proposito, la sentenza 27 settembre 2012, n. 3, della Sezione Disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura.

¹⁹ si veda l'ordinanza 13 settembre 2013, n. 116, della Sezione Disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura.

evidenziando altresì come con l'ipotesi di cui alla lettera g) può concorrere quella di cui alla lettera a), dell'articolo 2, comma 1, decreto legislativo citato, quando l'inazione del pubblico ministero si pone in nesso di causalità con l'evento naturalistico dell'indebito vantaggio per l'indagato ovvero del danno ingiusto per la persona offesa ovvero per i parenti della vittima, da accertare specificamente caso per caso e del quale occorre dare specifica prova, non potendo ipotizzarsi che in ogni caso l'inerzia investigativa determini di per sé stessa un danno in re ipsa e dovendosi invece dimostrare in concreto il verificarsi di un danno ingiusto conseguente all'inazione, ad esempio in termini di lesione del diritto alla salute, o di perdite patrimoniali, o di sofferenze morali, o di mancata possibilità dell'esercizio del diritto di impugnazione, o di altro ancora.

5. Recenti orientamenti e conclusioni.

L'orientamento giurisprudenziale in tema di condotte di inerzia investigativa del pubblico ministero ha recentemente incontrato un importante arresto con la pronuncia della sentenza n. 78 del 22 aprile 2016, depositata il successivo 12 maggio, della Sezione Disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura.

Con tale pronuncia l'indirizzo del giudice disciplinare pare acquisire connotati di maggiore rigidità, essendosi ritenuto che *l'inerzia investigativa assoluta e prolungata, indipendentemente dalla gravità della fattispecie oggetto del procedimento - che in precedenza poteva costituire un elemento discriminante ai fini del giudizio di responsabilità - integra sempre l'ipotesi specificamente prevista dall'articolo 2, comma 1, lettera g), decreto legislativo n. 109 del 2006, comportando la violazione del combinato disposto di cui agli articoli 326, 358, 405, 406 e 407, cod. proc. pen., coacervo normativo che impone al pubblico ministero di contenere, nei limiti del possibile, il pregiudizio alla sfera personale di un cittadino indagato, chiamato ad affrontare un procedimento penale sopportandone, oltre ai patemi, anche i relativi costi, nonché di tenere nella dovuta considerazione <<la posizione della persona offesa che invoca giustizia>>, a maggior ragione quando il procedimento non necessita di particolari accertamenti probatori ovvero quando sono intervenute sollecitazioni alla definizione del contesto; ed eventualmente anche la violazione della lettera a), del medesimo articolo, ogniquale volta l'inazione determina un indebito vantaggio per l'indagato ovvero un danno ingiusto per la persona offesa ovvero per i*

parenti della vittima, da accertare specificamente caso per caso e del quale occorre dare specifica prova, come indicato al paragrafo che precede.

La pronuncia in argomento, peraltro, riconosce espressamente che le circostanze in precedenza costituenti causa esimente da responsabilità (gravità della fattispecie, carico del ruolo, numero degli episodi, ecc...) possono comunque essere valutate, ma unicamente in chiave di irrilevanza disciplinare in concreto della condotta, ai sensi dell'articolo 3-bis, decreto legislativo n. 109 del 2006, riservando al giudice disciplinare, con accertamento di fatto non sindacabile in sede di legittimità ove adeguatamente motivato, il compito di verificare se, ex post ed in concreto, si sia verificata una lesione del bene giuridico tutelato, attraverso una considerazione congiunta dell'aspetto oggettivo, legato all'esiguità del danno o del pericolo e di quello soggettivo, rappresentato dal grado della colpevolezza, così scongiurando rigidità ed automatismi eccessivamente ed ingiustificatamente penalizzanti in un contesto, quale quello attuale, caratterizzato da situazioni di sempre maggiore sofferenza operativa e di emergenza sempre più marcata per gli uffici del pubblico ministero.

ANTONIO LEPRE

Responsabilità civile dei magistrati e giurisprudenza difensiva

1. Premessa.

Con riferimento all'oggetto della mia relazione, la prima considerazione riguarda proprio il titolo della stessa come scelto dalla SSM struttura territoriale di Roma: infatti, per come intitolata, la relazione sembra consideri scontata l'esistenza e pacifica la stessa nozione di giurisprudenza difensiva. Eppure, non può non osservarsi come, almeno allo stato e a livello, per così dire, della dottrina ufficiale, non è dato riscontrare nella letteratura giuridica scientifica una specifica attenzione su tale argomento.

In definitiva, mi sentirei di affermare che il fenomeno in esame se nella prassi e nelle conversazioni informali è quanto mai diffuso e discusso, ciò nonostante non pare che sia stato superato un inconfessato pudore a parlarne apertamente. Se è così, è quanto mai importante che in un luogo istituzionale dedicato alla formazione dei magistrati si abbia – sia concesso dirlo – il coraggio di prendere di petto il fenomeno, al fine di intraprendere un approccio anche scientifico e analitico a tale delicatissima problematica e ciò dico, ben inteso, nell'assoluta consapevolezza dei rilevanti limiti, carenze, e forse contraddizioni che caratterizzano questa relazione; consapevolezza, tuttavia, anche dei prezzi da pagare quando si intraprende un percorso di ricerca su argomenti poco o per nulla ancora esplorati.

2. La nozione di giurisprudenza difensiva.

E' evidente che l'espressione "giurisprudenza difensiva" si ispira al più noto fenomeno della c.d. "medicina difensiva" con cui si allude alla sempre più diffusa prassi nella classe medica di disporre una serie di indagini non tanto e non solo allo scopo di tutelare la salute del paziente, ma anche e soprattutto, per diminuire il rischio che il sanitario incorra in responsabilità civili che penali.

In definitiva, in ragione dell'aumento delle azioni civilistiche di danni e delle denunce penali il professionista tende, per un verso, a "burocratizzare" sempre più la sua attività invitando i pazienti a sottoscrivere pagine e pagine del c.d. consenso informato; per altro verso tende

soprattutto a prescrivere esami, terapie e quant'altro in realtà non necessari ma che – in caso di azioni e/o denunce – potranno servire al sanitario per dimostrare di aver fatto tutto ciò che era in suo potere per evitare il danno lamentato.

In buona sostanza, grazie alla medicina difensiva l'attenzione del professionista è come si focalizzi sulla preventiva necessità di evitare di incorrere in responsabilità personale e solo in subordine sulla cura del paziente.

Ciò determina plurimi danni ed infatti:

- a) il paziente rischia di essere sottoposto ad accertamenti strumentali e/o a terapie non veramente necessari se non, a volte, addirittura dannosi;
- b) la spesa sanitaria tende fatalmente a crescere ogni qualvolta tale fenomeno si manifesti in occasione di servizi legati alla assistenza sanitaria pubblica;
- c) lo stesso professionista perde motivazione e passione per la sua attività e si assiste ad una sua sostanziale demotivazione.

A ben vedere, del resto, l'atteggiamento psicologico alla base della medicina difensiva è surrettiziamente presente in non pochi rami della pubblica amministrazione.

Si pensi alle gare d'appalto fatte vincere aprioristicamente al concorrente che abbia proposto il prezzo più basso, senza che si effettui un vero raffronto qualità/prezzo tra le varie offerte. Oppure, si pensi all'ossessione di burocratizzare ogni minimo passaggio all'interno delle varie amministrazioni al fine di evitare di incorrere nella responsabilità erariale o disciplinare: condotte, queste, che non di rado rendono l'azione amministrativa estenuante e, potenzialmente, sterile, oltre che frustrante per l'amministrato.

Si assiste, in definitiva, ad una pubblica amministrazione nel suo complesso schizofrenica caratterizzata, per un verso, da aggiramenti tanto fantasiosi, quanto talvolta fraudolenti, dei relativi strumenti di controllo, con condotte illecite finanche spavalde; per altro verso dal fatto che non pochi dipendenti pubblici (e non di rado i più onesti) sono, come detto, quasi "ossessionati" dal timore di incorrere in qualche forma di responsabilità, in ragione della natura quasi sempre meramente formalistica dei controlli posti in essere.

Infine, a ben vedere, anche se questa osservazione può apparire azzardata, una forma di atteggiamento difensivo si riscontra negli stessi contribuenti nei confronti degli accertamenti fiscali.

Sotto questo profilo, l'esperienza come giudice tributario mi pare illuminante.

Si pensi, in particolare, agli studi di settore e comunque a tutti gli accertamenti posti in essere su criteri meramente formalistici e modelli statistici; modelli statistici peraltro spesso oscuri in ordine al loro funzionamento tecnico, e di cui sia il giudice che il contribuente si devono, per così dire, fidare quasi "alla cieca".

Ebbene, pur in presenza di un diritto vivente che tende a mitigare la rigidità di questi strumenti, a fronte di ciò non di rado si assiste a contribuenti che preferiscono fatturare anche più del reale pur di poter stare, per così dire, "tranquilli" ed evitare controlli estenuanti e fondati sostanzialmente su oneri probatori non facili da soddisfare.

Anche qui si assiste, perciò, non tanto ad una condotta improntata al rispetto oggettivo delle regole e della correttezza, bensì a condotte preventive talvolta non dovute, ma che si ritengono opportune per evitare di essere sottoposti a controlli della cui serenità e affidabilità si nutrono fondati dubbi.

Ed anche in questo settore si assiste al paradosso di una vera schizofrenia: l'evasione fiscale è stanzialmente quasi non intaccata nei suoi aspetti più rilevanti e cioè quella dei grandi evasori che solitamente si identificano in soggetti entificati, i quali non di rado concordano il pagamento di maxi multe senza però che venga compromessa la loro libertà d'azione e senza che ne discendano significative responsabilità a carico del *management*; nel contempo, il cittadino e il contribuente probo non di rado vive continui stati d'ansia per accertamenti che, per loro tortuosità e talvolta intrinseca iniquità, sono percepiti come forieri di conseguenze non prevedibili *ex ante*, e dai quali non è ne' agevole ne' spesso economicamente sopportabile difendersi.

E', ovviamente, difficile indicare le ragioni che sono a monte di tali diffuse condotte "difensive" e non è certo questa la sede per esaminarle, né lo scrivente ha la capacità e gli strumenti adatti per indagarle. Di certo, però, sembra che si possa individuare un minimo comune denominatore tra tutti questi fenomeni, poiché' si assiste in modo trasversale a un apparato sostanzialmente basato su:

- a) "abbandono" del singolo alle disfunzioni organizzative, su cui non si incide se non con meri annunci di riforme destinate a restare sulla carta;
- b) enfaticizzazione dei profili di responsabilità individuale, ponendo il singolo in posizione servente rispetto ad un astratto sistema per così dire immaginato in laboratorio (che sia

sanitario, tributario, giustizia etc) pretendendosi che il singolo si adegui al modello astratto/artificiale, senza alcun adattamento alle concrete esigenze: così' ad esempio viene imposto di adeguarsi al processo telematico, ma senza adeguata assistenza e supporto tecnico, basti pensare che addirittura i sistemi manutentivi sono attivati nel cuore della giornata con conseguente impossibilità *medio tempore* per il magistrato di lavorare;

c) controlli spesso e volentieri meramente formalistici e burocratici e che non toccano la sostanza dei fenomeni: il caso dell'evasione fiscale e del depotenziamento continuo della repressione penale e di sanzioni amministrative efficaci è, in questo senso, eclatante; così come è significativa la quasi ossessione nel controllare il rispetto dei termini processuali di deposito, senza tener conto del numero delle sentenze depositate, del carico, delle condizioni di lavoro e così' via;

d) sostanziale irresponsabilità dei dirigenti degli uffici, che adottano modelli organizzativi ancora una volta meramente burocratici e volti a determinare, per così dire, uno "scaricamento" verso il basso delle responsabilità, creandosi così un'apparenza di efficienza spendibile al momento giusto: si pensi ad esempio al fatto di alcuni dirigenti degli uffici giudiziari che decidono di aumentare il numero delle udienze civili, laddove è pacifico che per alcuni settori il numero maggiore di udienze non solo è inutile, ma rischia anche di essere dannoso comportando costi organizzativi e di cancelleria esorbitanti;

e) non di rado il singolo soggetto rispettoso della legalità vive con più ansia i controlli in ragione del numero eccessivo delle regole, mentre nel contempo il più spavaldo utilizza proprio il caos organizzativo e normativo per poter perseverare nelle proprie condotte illegali;

f) continue riforme meramente normative e "cartacee" che creano sempre più incertezze applicative e che sono funzionali a perseguire un "effetto annunzio", ma che puntualmente tralasciano le gravissime e drammatiche inefficienze molto concrete del sistema oggetto di una riforma, riforma che resta, appunto, meramente virtuale.

3. Le cause della giurisprudenza difensiva: un fenomeno forse in nuce presente da tempo.

Ci si deve, a questo punto, chiedere se un fenomeno siffatto si stia per manifestare o si sia già manifestato nell'ambito della giurisdizione.

A sommessimo parere di chi scrive, il fenomeno non solo si sta diffondendo ma, anzi, è già forse sedimentato in non pochi settori, non c'è dubbio infatti che due fattori abbiano molto inciso sulla serenità dei singoli magistrati.

Ci si riferisce, in particolare, all'enfatizzazione degli aspetti quantitativi e alle sempre maggiori azioni disciplinari fondate su controlli meramente formali come la tempestività dei depositi delle sentenze, da cui il rischio che questo o quel magistrato, pur di far innalzare il numero di provvedimenti e di rispettare i termini di scadenza, scelga di decidere le cause più facili, abbandonando e rinviando quelle più complesse: e ciò sul fondato presupposto che, ove abbia numeri inferiori agli standard o ritardi determinati dalla decisione di cause complesse, si potrebbe aprire una vera e propria via *Crucis* fatta di giustificazioni di per sé già umilianti e che non è detto trovino ascoltatori comprensivi a partire proprio dai dirigenti degli uffici.

Si sono cioè, negli anni, introdotti obiettivi iperproduttivistici, che hanno addirittura indotto il CSM ad approvare -ancorché a maggioranza e sostanzialmente ineseguite- delibere che impongono standard di produttività al buio e cioè non conoscibili in anticipo dal magistrato²⁰.

Ebbene, la nuova responsabilità civile dei magistrati può incidere enormemente su questi aspetti, rafforzando nel singolo magistrato la convinzione di essere oramai sottoposto ad una tenaglia sempre più invasiva e sempre più formalistica: l'azione disciplinare e quella civilistica di danno, ancorché in sede di rivalsa.

In particolare, questo timore si sta diffondendo – a parere di chi scrive – in specie tra i più giovani e tra coloro che lavorano in condizioni organizzative disastrose.

Si può in particolare azzardare a distinguere, sotto il profilo descrittivo, tre tipi di condotte difensive:

- condotte difensive individuali;
- condotte difensive di gruppo;
- condotte difensive di tipo organizzativo.

Le condotte difensive individuali sono quelle poste in essere dal magistrato singolarmente nella gestione giurisdizionale del suo ruolo. Ecco quindi che, ad esempio, si tende a negare la provvisoria esecutività dei decreti ingiuntivi, non solo in sede di emanazione dello stesso *inaudita*

²⁰ Ci si riferisce alle delibere consiliari attuative degli standard di rendimento previsti dall'art. 11, comma 2, lett. b, e comma 3, lett. e), del d.lgs. 5 aprile 2006 n. 160.

altera parte, ma anche in seguito al contraddittorio; ci si irrigidisce sui presupposti di concessione dei provvedimenti cautelari imponendo, ad esempio, una prova rigorosissima del *periculum in mora* (così anche nel penale si assiste ad interpretazioni restrittive in materia di misure cautelari reali che, come noto, possono determinare effetti economici di rilevantissima entità); si tende ad ammettere le prove testimoniali anche in violazione dell'art. 2721 c.c. (i cui valori monetari di riferimento incredibilmente non sono stati adeguati nel tempo dal legislatore), oppure ad ascoltare un numero eccessivo di testi per dimostrare di aver compiuto un'adeguata istruttoria, oppure "per prendere fiato" ed evitare l' "imbuto" delle cause prese in decisione. Ancora, si assiste ad un appiattimento sempre più acritico verso la giurisprudenza di legittimità, le cui massime e decisioni vengono applicate quasi acriticamente, rinunciando a quel ruolo di stimolo della giurisprudenza di merito che non di rado ha determinato significativi *revirement* proprio della Corte di Cassazione (si pensi alla storica discussione che vi fu in materia di fideiussione c.d. *omnibus*; oppure, all'attuale contrasto giurisprudenziale in materia di clausole *claims made* in materia di contratti di assicurazione²¹, problematica che oramai riguarda molto da vicino gli stessi magistrati, in seguito proprio alla riforma della responsabilità civile).

Infine, è evidente a tutti (e quindi anche al singolo magistrato) che taluni soggetti saranno nelle condizioni propizie per proporre azioni di responsabilità nei confronti dello Stato per presunto errore del magistrato: è chiaro, cioè, che si tratterà, specularmente, dei soggetti economicamente più forti oppure di coloro i quali oramai, per una ragione o per un'altra, non avranno molto da perdere.

Le condotte difensive "di gruppo" sono quelle determinate dal perdurante abbandono strutturale, dalla cronica carenza di organico e, infine, da dirigenze del tutto inadeguate; in presenza di tali condizioni strutturali "ambientali" disastrose, apparentemente *ex abrupto* interi uffici giudiziari rischiano di vedere i propri organici quasi del tutto scoperti, a causa di trasferimenti richiesti in massa dai magistrati oppure a causa di un *turn over* continuo; trasferimenti sempre più necessari quanto più si tocchi con mano che, per un verso, gli strumenti di cancelleria e di struttura sono fatiscenti e malandati; per altro verso, che si è in presenza di

²¹ Cfr. Trib. Genova, II sez. 8 aprile 2008 secondo cui "in tema di assicurazione della responsabilità civile, la clausola cd. "claims made", perché contraria alla norma ex art. 1917 c.c., rende nullo il contratto". Optano, tuttavia, per la validità di tali clausole, fermo restando il controllo circa la loro vessatorietà, Cass. n. 5624 del 15/03/2005 e Cass. n. 7273 del 22/03/2013

dirigenti degli uffici desiderosi di far apparire che, nonostante questi problemi strutturali, i loro uffici siano ciò nondimeno i più produttivi.

Si è, poi, si teme, facili profeti nel dire che sono alla porta ulteriori forme di condotte difensive, che presumibilmente saranno determinate dalle gravissime inefficienze del processo telematico. Ci si riferisce, cioè, all'ultima categoria di condotte difensive enucleate e cioè alle **condotte difensive di tipo organizzativo**.

Si pensi al magistrato che si vede attribuite telematicamente sentenze depositate in ritardo, in realtà non da lui ma da altro giudice oppure da un GOT, e che si trova nella quasi impossibilità di porre rimedio all'errore (il tutto aggravato dalla cronica difficoltà anche di recuperare le proprie sentenze depositate, come puntualmente si verifica ogni qualvolta si deve affrontare una valutazione di professionalità e predisporre l'autorelazione, allegando i propri provvedimenti).

Si pensi anche al fatto – altrettanto grottesco – che nel cambio di sezione il giudice si trovi ad essere e risultare telematicamente titolare di entrambi i ruoli, quello di provenienza e quello di arrivo. Le sentenze collegiali civili sono telematicamente registrate come ritardi anche se depositate entro i 60 giorni, perché il sistema prevede il termine di 30 giorni, termine, come noto, valevole per le monocratiche e non già per le collegiali e per l'appello.

Da qui a breve, quindi, si assisterà a produzione di lettere, raccomandate etc con cui giustamente i singoli vorranno premunirsi da eventuali azioni disciplinari e di responsabilità determinate da tali inaccettabili errori di sistema. Così come si potrebbe assistere a contenziosi sempre più incisivi sull'organizzazione delle tabelle, ove le stesse siano percepite, a torto o a ragione, da questo o da quel magistrato, come sensibilmente peggiorative rispetto a quanto previsto per altri colleghi.

La responsabilità reale di tutte queste disfunzioni ovviamente ricade sul Ministero della Giustizia e, purtroppo, talvolta anche sui dirigenti degli uffici e in ultima analisi sullo stesso CSM, non sempre attento a verificare la funzionalità delle proposte tabellari; proposte tabellari, infatti, spesso e volentieri valutate sul piano del rispetto formale delle delibere e non già su quello sostanziale della buona amministrazione e cioè sul piano della loro razionalità, appunto, organizzativa.

E' chiaro che oggi, con il rischio concreto di azioni di responsabilità civile, questo potenziale conflitto tra il singolo ed Enti inadempienti di riferimento rischia di rappresentare una

vera e propria mina nella stabilità e serenità di rapporti, che, invece, dovrebbero essere fisiologicamente fondati sulla reciproca stima e fiducia e non già sulla reciproca ostilità. Tutto questo, poi, sarà ancora più esasperato se si arriverà a prevedere che le valutazioni di professionalità debbano essere sottoposte anche al parere dell'avvocatura: è chiaro che ciò potrebbe determinare ulteriori condotte difensive, in specie nei confronti degli esponenti dell'avvocatura più autorevoli e dei relativi Enti rappresentativi istituzionali.

4. Dalla difesa all'attacco...: responsabilità solidale ex art. 2055, c.c. degli Enti responsabili per difetti di organizzazione.

Malgrado i profili negativi sopra evidenziati, se da un lato le perduranti modalità organizzative invariate e la costante carenza di mezzi e la nuova normativa sulla responsabilità civile del magistrato possono consolidare la giurisprudenza difensiva che ritengo già in atto, tutto ciò potrebbe tuttavia dar luogo all'inizio di una vera e propria "riscrittura emotiva" dei rapporti tra singolo magistrato, da un lato, e Ministero della Giustizia, dall'altro (e, in parte, anche nei confronti del Csm).

è invero noto a tutti che da anni gli studiosi della responsabilità sanitaria hanno enucleato l'ipotesi di responsabilità della struttura per difetto di organizzazione²².

In definitiva, nella letteratura scientifica si è preso atto e dimostrato che le perduranti disfunzioni organizzative prima o poi si risolveranno nell'errore di qualcuno che, per puro accidente, resterà con la pistola fumante in mano.

In definitiva, il trascurare il difetto di organizzazione come concausa dell'evento inevitabilmente "*porta ad incolpare l'ultimo elemento identificabile nella catena causale: la persona che impugna la pistola fumante*", con l'ulteriore conseguenza per cui "*l'idea che gli eventi sfavorevoli della vita possano essere imputati all'incapacità di certi soggetti nel prevenirli*

²² Ex multis, cfr. Principalli, *La responsabilità medica: da un sistema flessibile a un sistema rigido*, in *Dei fatti illeciti*, art. 2043, art. 96 c.p.c., a cura di Carnevali, in *Commentario al Codice civile* diretto da Gabrielli, Utet, 2011 p. 474 e ss. Per un approfondimento del complesso rapporto tra singolo professionista e struttura sanitaria ove svolge la sua professione, sia consentito il rinvio a Lepre, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie (Ospedali pubblici, case di cura private e attività intramuraria)*, Giuffrè, 2011.

è molto seduttiva; tuttavia punire l'ultima persona della serie causale di solito impedisce di riconoscere i problemi sottostanti"²³.

E' evidente che tutto ciò è la premessa perché il magistrato convenuto in rivalsa spieghi domande riconvenzionali nei confronti dello stesso Ministero e, in ipotesi, non escluda di coltivare azioni di corresponsabilità nei confronti dello stesso CSM, ove ritenga che siano stati approvati progetti tabellari del tutto inadeguati e/o errati rispetto alle reali esigenze organizzative.

L'eventualità è tutt'altro che peregrina. Basti pensare alle gravissime sperequazioni di carichi di lavoro esistenti tra vari uffici e quindi tra i vari magistrati, all'interno non già della penisola ma talvolta della stessa Regione o tra Regioni confinanti; a fronte di giudici civili con carichi di lavoro di circa 200 cause e poche sopravvenienze annue, si assiste a magistrati con carichi anche oltre le 1000 cause e con sopravvenienze annue triple o quadruple o anche maggiori; a fronte di strutture ottimamente organizzate con sufficiente personale di cancelleria e forniture telematiche costanti, vi sono uffici abbandonati di fatto a se stessi: non v'è chi non veda che tutto ciò determina una responsabilità non solo politica, ma potenzialmente anche giuridica degli Enti preposti ad evitare tali inaccettabili difetti di organizzazione.

5. L'intrinseca ingiustizia della giurisprudenza difensiva. I rimedi organizzativi e culturali da predisporre.

Sembra quasi superfluo sottolineare come la c.d. giurisprudenza difensiva sia, per quanto detto, la negazione stessa del nostro lavoro di magistrati, in quanto sacrifica l'interesse del cittadino e, infine, della stessa funzionalità del sistema, alla prioritaria esigenza di autotutela da parte del singolo.

E' doveroso quindi chiedersi in modo serio e responsabile quali soluzioni trovare per contenere e possibilmente prevenire la diffusione di un fenomeno che appare, tutto sommato, ancora agli inizi. Per fare ciò, ovviamente, la prima cosa da evitare è stigmatizzare come riprovevoli, immorali e inaccettabili tali condotte; è chiaro, infatti, che proprio tale stigmatizzazione sarebbe essa si inevitabilmente moralmente inaccettabile per la sua ipocrisia, perché tenderebbe ancora una volta ad enfatizzare la responsabilità del singolo, senza farsi carico, invece, delle reali cause del problema di tipo organizzativo.

²³ cfr. A.Merry-A.M.C. Smith, *L'errore, la medicina, la legge*, Giuffrè 2004, p. 14

A parere di chi scrive è oramai a tal fine inevitabile interrogarsi sui moduli organizzativi oggi utilizzati, al fine di ripensarne il fondamento concettuale e culturale, adottando finalmente soluzioni organizzative che si fondino sui seguenti principi:

- semplificazione radicale della normativa primaria e secondaria di riferimento;
- chiare assunzioni di responsabilità da parte dei dirigenti degli uffici: probabilmente la normativa consiliare del CSM, spesso non del tutto lineare anche per la sua abbondanza, pur se mossa dall'intento sacrosanto di tutelare l'autonomia ex 104 Cost., non di rado è essa stessa invocata per giustificare modelli organizzativi inefficienti e irragionevoli pur se formalmente ineccepibili;
- introduzione di controlli di risultato trasparenti e contestuale abbandono di controlli meramente burocratici, in modo da valorizzare l'aspetto intellettuale e non impiegatizio del lavoro del magistrato e dei dirigenti;
- introduzione di criteri di priorità che non si esauriscano nella burocratica preferenza delle cause più vecchie, ma che tengano conto anche di criteri sostanziali e valoriali di efficienza e di equità²⁴;
- introduzione di soglie di produttività per i magistrati che siano: ragionevoli, esigibili e conoscibili *ex ante* e non *ex post* dai singoli magistrati e che, quindi, siano, per così dire, il grimaldello per distinguere le responsabilità dei singoli, dei dirigenti e del Ministero della Giustizia²⁵.

²⁴ A tal proposito, è bene ricordare che ai sensi dell'art.37, d.l. 98/2011 sono tre i parametri di cui il dirigente deve tener conto per individuare le priorità: **a)** durata della causa, anche con riferimento agli eventuali gradi di giudizio precedenti; **b)** natura della causa; **c)** valore della causa. In sede di attuazione della relativa normativa la circolare prot. 10356/2012 del CSM afferma, per così dire, la "pari dignità" dei tre parametri: a pag. 9, infatti, si specifica che "*al fine di fissare l'ordine di priorità, la durata complessiva dei procedimenti costituisce solo uno dei criteri da utilizzare, posto allo stesso livello della natura del procedimento e del valore della causa*".

²⁵ Per approfondimenti circa tali diversi livelli di responsabilità, ci si permette di rinviare al proprio articolo del 24.7.2015 *Carichi esigibili, standard di rendimento e autorganizzazione del magistrato per una giustizia moderna*, in <http://www.associazionemagistrati.it/doc/2004/carichi-esigibili-standard-di-rendimento-e-autorganizzazione-del-magistrato-per-una-giustizia-moderna.htm>

LORENZO DELLI PRISCOLI

Danno non patrimoniale di lieve entità e principio di solidarietà

SOMMARIO: 1. La non risarcibilità del danno non patrimoniale di lieve entità. - 2. Principio di solidarietà e dovere di tolleranza. - 3. Il danno non patrimoniale di lieve entità provocato intenzionalmente. - 4. Il danno biologico di lieve entità nel codice delle assicurazioni.

1. La non risarcibilità del danno non patrimoniale di lieve entità.

Negli ultimissimi anni si è assistito, ad opera sia della giurisprudenza della Cassazione che della Corte costituzionale che della legislazione in materia assicurativa, al prepotente sorgere di un nuovo principio in tema di danni non patrimoniali, quello secondo cui per la loro risarcibilità non è sufficiente soltanto che il danno si sia verificato e che la sua risarcibilità sia prevista dalla legge (nella sua interpretazione letterale o costituzionalmente orientata), ma occorre anche che questo danno assuma una consistenza tale da poter essere definito “serio”, ossia in grado di giustificare l’intervento dell’attività del giudice.

Secondo la Cassazione, la risarcibilità del pregiudizio non patrimoniale presuppone da un lato che la lesione sia grave (e cioè superi la soglia minima di tollerabilità, imposta dai doveri di solidarietà sociale) e dall’altro che il danno non sia “futile” (vale a dire che non consista in meri disagi o fastidi o sia addirittura meramente immaginario: in altre parole che sia “serio”)²⁶. Appare di immediata evidenza come, in base a questi due criteri, il giudice sia chiamato ad una complessa valutazione in base alla quale, ai fini della risarcibilità del danno non patrimoniale, occorre non più solo verificare se il danno si sia effettivamente realizzato ma anche e soprattutto che esso abbia raggiunto una soglia minima di serietà (o, detto in altri termini ancora, che assuma una certa consistenza).

Più specificamente, si afferma che la “gravità della lesione” attiene al momento determinativo dell’evento dannoso, quale incidenza pregiudizievole sul diritto/interesse selezionato (dal legislatore o dall’interprete) come meritevole di tutela aquiliana, e la sua portata è destinata a riflettersi sull’ingiustizia del danno, che non potrà più predicarsi tale in presenza di una offensività solo minima della lesione stessa. La “serietà del danno” riguarda, invece, il piano delle

²⁶ Cfr. in questo senso Cass., sez. un., 25 febbraio 2016, n. 3727; Cass. 15 luglio 2014, n. 16133; Cass. 9 aprile 2009, n. 8703; Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972.

conseguenze della lesione e cioè l'area dell'obbligazione risarcitoria, che si appunta sulla effettività della perdita subita (il c.d. danno-conseguenza); il pregiudizio “non serio” esclude che vi sia una perdita di utilità derivante da una lesione che pur abbia superato la soglia di offensività.

L'accertamento della gravità della lesione e della serietà del danno spetta al giudice, in forza del “parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico”²⁷: si tratta dunque di un criterio di valutazione del tutto analogo a quello che il giudice deve effettuare quando si tratta di individuare il livello di diligenza che si può esigere da un professionista nel caso in cui si debba decidere circa la sua eventuale negligenza nell'adempimento di una sua obbligazione professionale. Si tratta dunque di un accertamento di fatto ancorato alla concretezza della vicenda materiale portata alla cognizione giudiziale ed al suo essere maturata in un dato contesto temporale e sociale, dovendo l'indagine proiettarsi sugli aspetti contingenti dell'offesa e sulla singolarità delle perdite personali verificatesi. Tale accertamento di fatto, naturalmente, richiede la previa allegazione di parte degli elementi fattuali atti ad innescarlo, sui quali incentrare il *thema probandum*, alla cui definizione possono ben concorrere le presunzioni di cui all'art. 2727 c.c.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione, escludendo che, nel sistema della responsabilità civile, al risarcimento del danno possa ascriversi una funzione punitiva, afferma l'insussistenza di un “*danno in re ipsa*” e ciò non solo in riferimento alle ipotesi di lesione di diritti inviolabili²⁸, ma anche in quelle in cui il risarcimento del danno non patrimoniale sia previsto espressamente dalla legge²⁹. In realtà, seguendo questo ragionamento, la Cassazione confonde il corretto timore di non imputare a qualcuno la responsabilità di un danno a titolo di responsabilità oggettiva con la non risarcibilità del danno di lieve entità, che invece ben può essere imputato a qualcuno a titolo di colpa o addirittura dolo. Altrettanto non conferente appare il richiamo al timore di una funzione punitiva del risarcimento del danno, che presuppone un risarcimento superiore al danno provocato: non risarcire un danno lieve significa invece l'esatto contrario, ossia un risarcimento inferiore al danno provocato.

²⁷ In questo senso Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit.

²⁸ Così Cass., 24 settembre 2013, n. 21865; Cass., 14 maggio 2012, n. 747; Cass., 21 giugno 2011, n. 13614.

²⁹ Si vedano, in tema di tutela della privacy: Cass. 15 luglio 2014, n. 16133, cit.; Cass. 26 settembre 2013, n. 22100; in tema di equa riparazione per durata irragionevole del processo: Cass., 26 maggio 2009, n. 12242.

La giustificazione della “soglia di risarcibilità” del danno non patrimoniale, dettata dall'esigenza di arginare la “proliferazione delle c.d. liti bagatellari”, si rinviene invece in maniera più convincente – a partire dalla citata sentenza a sezioni unite n. 26972 del 2008 – nel principio di solidarietà e tolleranza, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità della lesione dell'interesse protetto ed il pregiudizio non sia futile (art. 2 Cost.).

Il principio che configura una soglia nell'accesso alla tutela risarcitoria non rimane peraltro isolato nell'ambito dei confini nazionali, giacché non solo, *de iure condendo*, è campo di elaborazione di regole Europee in materia di *tort law*, ma trova espressione, direttamente positiva o frutto di interpretazione giurisprudenziale, in altri, ed a noi vicini, ordinamenti. Nondimeno, quello che icasticamente viene indicato come il principio *de minimis non curat praetor*, guida la Corte europea dei diritti dell'uomo nella delibazione di ricevibilità dei ricorsi, ai sensi dell'art. 35 della Convenzione, alla stregua del criterio del “pregiudizio significativo”, che porta a vetrificare, in concreto, se la violazione di un diritto abbia raggiunto “una soglia minima di gravità tale da giustificare l'esame da parte di una giurisdizione internazionale”³⁰.

L'ultima sentenza significativa della Cassazione in tema è stata quella già citata delle sezioni unite n. 3727 del 2016, la quale ha affermato la non risarcibilità del danno non patrimoniale “di lieve entità” anche se provocato da un reato. In effetti, l'ordinanza di rimessione alle sezioni unite³¹, rilevata la sussistenza di orientamenti giurisprudenziali civili e penali “non sempre armonici e collimanti” in tema di bene giuridico protetto dall'art. 684 c.p. (che punisce la condotta di colui che pubblica arbitrariamente atti processuali coperti da segreto investigativo), ha ritenuto che mentre prima della conclusione delle indagini preliminari tale bene giuridico andasse rinvenuto nella protezione delle esigenze di giustizia inerenti al processo penale nella delicata fase di acquisizione della prova o il buon andamento delle indagini³², dopo tale momento (dall'avviso di conclusione delle indagini *ex art. 415-bis c.p.p.* fino all'apertura del dibattimento) la *ratio* della norma diventa quella di salvaguardare un principio cardine del processo accusatorio, ossia quello secondo il quale il giudice deve arrivare al dibattimento sgombro da pregiudizi, dovendo assistere

³⁰ Così Corte EDU, sentenza Cusan e Fazzo c. Italia, n. 77/07, 7 gennaio 2014.

³¹ Cfr. Cass. 30 marzo 2015 n. 6428.

³² Cfr. Cass. 19 settembre 2014 n. 19746.

davanti a sé alla formazione della prova nel contraddittorio di accusa e difesa: si tratta in altre parole dell'esigenza di assicurare un corretto, equilibrato, indipendente e sereno giudizio del giudice del dibattimento. L'ordinanza di remissione si interroga altresì sul se possa considerarsi integrato il reato di cui all'art. 684 c.p. ove alla limitatezza della riproduzione si accompagni la marginalità del loro contenuto, per il fatto di riferirsi a fatti storici non particolarmente significativi se non addirittura pacifici per il pubblico dei lettori. Sulla base di queste considerazioni, e concentrandosi quasi esclusivamente dunque – al contrario di quanto hanno fatto le sezioni unite – su suddetti problemi di carattere marcatamente penalistico, hanno disposto la remissione della causa alle sezioni unite, le quali hanno da un lato ritenuto che il reato di cui all'art. 684 c.p. abbia natura monoffensiva (ossia protegga solo interessi prettamente pubblicistici legati al buon funzionamento della giustizia, non anche la reputazione e la riservatezza del singolo) e che pertanto nessuna autonoma pretesa risarcitoria possa essere avanzata dalla parte coinvolta nel processo per il solo fatto che sia stata violata la norma incriminatrice in discorso; dall'altro lato hanno implicitamente risposto al quesito circa la possibilità di integrare il reato di cui all'art. 684 c.p. nel caso in cui il fatto sia lieve, ritenendo che la limitatezza della riproduzione si presta a essere apprezzata in chiave di inidoneità lesiva della condotta, alla stregua del criterio della necessaria offensività, ormai assunto a diritto vivente.

Le sezioni unite n. 3727 del 2016 hanno però soprattutto ritenuto che, a prescindere dalla soluzione dei suddetti quesiti di carattere penalistico, qualsiasi danno non patrimoniale di lieve entità non è risarcibile (e quindi hanno implicitamente affermato che non è risarcibile quand'anche derivi da reato), valendosi dell'argomentazione secondo la quale non v'è diritto per il quale non operi la regola del bilanciamento con il principio di solidarietà, con la conseguenza che, perché si abbia una lesione ingiustificabile e risarcibile dello stesso, non basta la mera violazione delle disposizioni che lo riconoscono, ma è necessaria una violazione che ne offenda in modo sensibile la portata effettiva.

In tema di risarcibilità del danno biologico, il combinato disposto dell'art. 139, comma 2, ultimo periodo, del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (codice delle assicurazioni private, come modificato dall'art. 32, comma 3-ter del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27), e dell'art. 32, comma 3-quater, del citato d.l. n.1 del 2012, prevede

una significativa limitazione risarcitoria a tale danno imponendo, per la prova di esso, la necessità di accertamenti obiettivi effettuati visivamente o strumentalmente. Tale assetto normativo è stato ritenuto costituzionalmente legittimo dalla Consulta³³, che ha dichiarato manifestamente infondata la relativa questione di legittimità costituzionale.

Infine, un ulteriore indizio di una tendenza anche legislativa a favore della non risarcibilità del danno non patrimoniale di lieve entità lo si ricava dalla lettura nel loro complesso degli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, dalla quale emerge che, nella prospettiva del legislatore, il danno non patrimoniale deve essere risarcito in misura più che proporzionale al crescere della sua entità (si noti l'uso delle espressioni "più che proporzionale" e la possibilità di aumentare il danno non patrimoniale di non lieve entità del 30% e quello di lieve entità solo del 20%). Impostazione questa quindi coerente con il riconoscimento della non risarcibilità del danno non patrimoniale "futile"³⁴.

2. Principio di solidarietà e dovere di tolleranza.

Secondo un inquadramento a cui la Cassazione e la Corte costituzionale rimangono fedeli dal 2003³⁵, il danno non patrimoniale è risarcibile: a) quando il fatto illecito sia astrattamente configurabile come reato: in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione di qualsiasi interesse della persona tutelato dall'ordinamento, ancorché privo di rilevanza costituzionale (cfr. art. 185 c.p.); b) quando ricorra una delle fattispecie in cui la legge espressamente consente il ristoro del danno non patrimoniale anche al di fuori di una ipotesi di reato (ad es., nel caso di illecito trattamento dei dati personali o di violazione delle norme che vietano la discriminazione razziale): in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione dei soli interessi della persona che il legislatore ha inteso tutelare attraverso la norma attributiva del diritto al risarcimento (quali, rispettivamente, quello alla riservatezza od a non subire discriminazioni); c) quando il fatto illecito abbia violato in modo grave diritti inviolabili della persona, come tali oggetto di tutela

³³ Corte cost., ordinanza 26 novembre 2015, n. 242.

³⁴ Tale disciplina è stata considerata conforme a Costituzione dalla Consulta con la sentenza 16 ottobre 2014, n. 235. Sul tema si veda L. GUFFANTI PESENTI, *Le lesioni di lieve entità lungo i binari sghembi di assicurazione e responsabilità civile*, in *Europa dir. priv.*, 2014, 1017.

³⁵ Cfr. Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828; Corte cost. 11 luglio 2003, n. 233.

costituzionale; in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del solo danno non patrimoniale scaturente dalla lesione di tali interessi, i quali, al contrario delle prime due ipotesi, non sono individuati *ex ante* dalla legge, ma dovranno essere selezionati caso per caso dal giudice.

Secondo la Suprema Corte dunque, il danno non patrimoniale conseguente ad un reato è l'unico risarcibile in tutte le sue componenti (anche quindi, per ipotesi, in quella del danno esistenziale: in questo senso la citata Cass. a sezioni unite n. 26972 del 2008, che pure, affermando che tale danno non deriva dalla lesione dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost., ne ha ridimensionato notevolmente l'ambito di applicazione). Il danno da reato appariva e appare pertanto come quello più grave e quindi come il più "meritevole" di un pieno ristoro, anche per la circostanza di essere il più "antico" (in quanto è riconosciuto fin dal 1942, epoca in cui l'unica ipotesi di riconoscimento legislativo o giurisprudenziale del diritto al risarcimento del danno non patrimoniale era l'art. 185 c.p.; gli altri invece solo a seguito di leggi speciali successive (degli anni novanta o degli anni duemila) o in virtù dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., avvenuta nel 2003 con le citate sentenze della Cassazione e della Consulta, ed erano pertanto sorti dubbi circa la possibilità di negare in tal caso il risarcimento del danno non patrimoniale di lieve entità, pur in presenza di un *trend* giurisprudenziale diretto, attraverso la massima valorizzazione del principio di solidarietà, a escludere il risarcimento nell'ipotesi di danno non patrimoniale la cui risarcibilità discende da una legge speciale o da una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.

Rimaneva infatti non del tutto chiarito, in assenza di chiare affermazioni giurisprudenziali in un senso o nell'altro, se fosse risarcibile il danno non patrimoniale nell'ipotesi in cui da un lato fosse sì conseguenza di un reato ma dall'altro fosse di lieve entità, avesse cioè cagionato un pregiudizio alla vittima futile, non serio, futilità e non serietà da valutarsi secondo quanto ritenuto dalla coscienza sociale.

La Cassazione a sezioni unite, con la sentenza sopra riportata, fonda la propria decisione, finalizzata a stabilire se sia risarcibile il danno non patrimoniale di lieve entità che sia conseguenza del reato di cui all'art. 684 c.p. (pubblicazione arbitraria di atti processuali coperti da segreto investigativo), sulla base di varie argomentazioni.

La prima è che il reato consistente nel trasgredire il divieto di pubblicare atti coperti dal segreto investigativo di cui all'art. 684 c.p. è monoffensivo, e cioè è diretto a tutelare soltanto

interessi pubblici legati al buon funzionamento della giustizia (ma questa affermazione non consente di escludere che il danno non patrimoniale non provenga da reato, perché quasi sempre a questa condotta corrisponde anche una lesione del bene reputazione/riservatezza del singolo, e il giudice civile dovrebbe quindi in ogni caso verificare se sia integrato in astratto anche il reato di diffamazione di cui all'art. 595 c.p.).

Una seconda argomentazione si fonda sul rilievo che la condotta, in ragione dell'entità della riproduzione, non si pone in contrasto con il principio di necessaria offensività (ma su questa affermazione rimangono non pochi dubbi perché il principio di offensività nel diritto penale ha avuto in Cassazione sino ad ora un'applicazione assai scarsa e per condotte di consistenza veramente irrisoria, tanto che la sentenza della Consulta citata dalla Cassazione³⁶ fa applicazione del principio di offensività non all'interno di una concreta fattispecie criminosa ma in astratto – così come è compito della Corte costituzionale – ossia per discernere se una fattispecie criminosa abbia ragion d'essere alla luce di tale principio (che trova il suo fondamento negli artt. 3 e 25 Cost.).

Infine, e questa è l'ultima argomentazione, “al principio della necessità offensività fa da *pendant*, nell'ordinamento privatistico, quello della irrisarcibilità del danno non patrimoniale di lieve entità” (per quanto detto al punto precedente circa la scarsa applicazione del principio di offensività, l'equazione “necessaria offensività” in penale uguale “non risarcibilità del danno non patrimoniale” in civile appare piuttosto forzata).

Sfrondandola però dagli arditi, avventurosi e molto probabilmente inutili sconfinamenti nel diritto penale, è proprio quest'ultima l'affermazione che, per la circostanza di basarsi su un principio fondamentale quale è l'art. 2 Cost. e per non limitarsi a prendere in considerazione i danni provenienti dall'art. 684 c.p. ma tutti i danni provenienti in genere da reato, ha maggiore rilievo dal punto di vista civilistico, in quanto permette di estendere il principio della non risarcibilità del danno di lieve entità a tutti i danni non patrimoniali che siano conseguenza di un qualsiasi reato.

Le sentenze della Cassazione n. 3727 del 2016 afferma infatti che, alla luce del principio costituzionale di solidarietà (che le sezioni unite accostano anche ad un dovere di tolleranza dell'agire altrui invasivo della propria sfera giuridica, e che – secondo quanto affermato dalla

³⁶ Corte cost. 11 giugno 2014 n. 172.

Cassazione³⁷ – costituisce il punto di mediazione che permette all'ordinamento di salvaguardare il diritto del singolo nell'ambito di una concreta comunità di persone che deve affrontare i costi di una esistenza collettiva), il danno non patrimoniale di lieve entità, che pure si ammette essere venuto ad esistenza, non possa però essere risarcito, in quanto non v'è diritto per cui non operi la regola del bilanciamento, in forza della quale, perché si abbia una lesione ingiustificabile e risarcibile dello stesso, non basta la mera violazione delle disposizioni che lo riconoscono, ma è necessaria una violazione che ne offenda in modo sensibile la portata effettiva.

Si tratta di comprendere però se, alla luce della precedente giurisprudenza di legittimità e costituzionale, dei principi di ragionevolezza e di certezza del diritto di cui all'art. 3 Cost. e del significato effettivo che il principio di solidarietà assume nella nostra Costituzione, tale affermazione possa essere o meno condivisa.

In campo contrattuale espressione del principio di solidarietà è il principio del divieto di abuso del diritto³⁸, che, analogamente alla buona fede, impone di salvaguardare l'utilità altrui nei limiti di un non apprezzabile sacrificio. E' evidente che avendo tale principio carattere generale, perché derivante dall'art. 2 Cost., non può non predicarsene l'applicabilità anche al campo della responsabilità extracontrattuale (come è avvenuto con la sentenza n. 3727 del 2016), il che imporrebbe però di verificare, proprio in parallelismo con la costruzione giuridica realizzata in campo contrattuale, se, nell'ipotesi sottoposta alle sezioni unite, pur in presenza di una lesione dell'altrui riservatezza e/o reputazione, il giornalista abbia ciò nonostante incrementato in maniera rilevante la possibilità per la collettività di informarsi su circostanze di particolare interesse, in maniera tale da giustificare il sacrificio del singolo. In questa prospettiva deve senz'altro condividersi la conclusione delle sezioni unite in virtù della circostanza, ben evidenziata nella motivazione, della irrisorietà del pregiudizio subito dalla persona offesa dalla condotta descritta dall'art. 684 c.p., integri o meno tale condotta – una volta effettuato un giudizio circa l'effettiva offensività della stessa – un reato. Inoltre, in ragione del principio del necessario bilanciamento tra valori aventi pari dignità costituzionale quando essi si pongano irrimediabilmente in conflitto fra di loro, sembrerebbe che, applicando questo concetto ai valori tutelati dall'art. 684 c.p., potrebbe sostenersi che quando vi sia una lieve lesione del diritto alla riservatezza, tale lesione possa essere

³⁷ Cfr., Cass., 15 luglio 2014 n. 16133, cit.

³⁸ Cfr., Cass., 18 settembre 2009, n. 20106.

accettata e tollerata in relazione al diritto alla libera manifestazione del pensiero. Infatti, il sacrificio del singolo non sarebbe fine a sé stesso, ma costituirebbe la conseguenza dell'esercizio di un diritto costituzionale di cui usufruiscono anche i destinatari della notizia (in quanto il diritto di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost. ha anche un'importante espressione nel diritto della collettività ad essere informata³⁹). In realtà tuttavia la sentenza da ultimo citata non compie affatto una ponderazione di interessi tra il sacrificio del singolo e il beneficio di altri o della collettività, limitandosi ad affermare il dovere di tutti di tollerare il danno di lieve entità, a prescindere quindi sia dall'esistenza di un vantaggio di qualcuno causalmente riconducibile al pregiudizio subito dal danneggiato, sia dalla sussistenza di un atteggiamento addirittura doloso del danneggiante. Nessun parallelo sembra dunque potersi ragionevolmente effettuare tra l'applicazione del principio di solidarietà in campo contrattuale mediante gli istituti della buona fede e dell'abuso del diritto e l'applicazione dello stesso principio in campo extracontrattuale.

In effetti, nel campo della responsabilità extracontrattuale, a partire dalla citata sentenza n. 26972 del 2008, secondo la Cassazione il danno non patrimoniale è risarcibile soltanto se la lesione dell'interesse protetto sia grave e se il danno conseguenza non sia futile. Tale principio è affermato in virtù da un lato dell'esistenza del principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., che impone a tutti i consociati una certa tolleranza nei confronti dei danni non patrimoniali subiti dagli altri e dall'altro dalla constatazione dell'inesistenza di un principio della necessità di risarcire sempre e comunque il danno non patrimoniale⁴⁰.

Da una lettura delle citate sentenze a sezioni unite n. 26972 del 2008 e n. 3727 del 2016, sembra emergere che, nell'ipotesi di reato e negli altri casi di danno non patrimoniale la cui risarcibilità è prevista espressamente dalla legge, mentre il requisito della gravità dell'interesse protetto è implicito nella previsione legislativa, occorre invece sempre comunque dimostrare la non futilità del danno subito (ossia che il danno non sia lieve), a prescindere dunque dal fatto che il danno derivi da reato o dalla lesione di un interesse costituzionalmente rilevante o che possa qualificarsi o meno come esistenziale.

³⁹ Cfr. in particolare Corte cost. 11 giugno 2009 n. 173 e 24 febbraio 1995 n. 59.

⁴⁰ Cfr. Corte cost. 26 luglio 1979 n. 87.

Coerentemente la Cassazione⁴¹ aveva affermato che può ritenersi che il giudizio sulla gravità della lesione, ma non anche quello sulla serietà del danno, sia già definitivamente espresso dal legislatore nella stessa scelta di politica criminale di punire, per il particolare disvalore che lo caratterizza, un fatto come reato. Si pensi del resto all'esempio, offerto in motivazione dalla citata Cassazione a sezioni unite n. 26972 del 2008, quale danno non patrimoniale non risarcibile, di un "graffio superficiale dell'epidermide". Tale danno non è considerato risarcibile, pur costituendo pacificamente sia lesione del diritto fondamentale alla salute di cui all'art. 32 Cost. sia conseguenza di un reato (se infatti il graffio non integrasse un reato in quanto conseguenza di una condotta né dolosa né colposa non si porrebbe proprio il problema dell'accertamento della futilità del danno, mancando a monte uno dei requisiti base dell'illecito civile, ossia l'elemento soggettivo). Sembra semmai che la sentenza voglia sottolineare da un lato che quando la lesione di un interesse costituzionalmente protetto sia lieve il relativo danno perda consistenza, ossia non venga più ritenuto meritevole di tutela dalla coscienza sociale e dall'altro che quanto maggiore sia la rilevanza dell'interesse leso tanto minore sarà la tolleranza che si deve avere in caso di sua lesione⁴².

⁴¹ Cfr. Cass. 15 luglio 2014 n. 16133, cit.

⁴² Cfr. Cass. 3 maggio 2016, n. 8709, secondo cui il diritto all'immagine professionale del lavoratore rientra tra quelli fondamentali tutelati dall'art. 2 Cost. la cui risarcibilità va riconosciuta anche in presenza di lesioni di breve durata: nella specie la Cassazione ha confermato la decisione di merito che aveva riconosciuto il risarcimento del danno all'immagine professionale ad un lavoratore, privato della funzione di coordinamento, sebbene le mansioni dequalificanti fossero state esercitate per poco tempo, date anche le numerose assenze per malattia; apparentemente contraddittoria è Cass. 15 luglio 2014 n. 16133, secondo cui il danno non patrimoniale risarcibile ai sensi dell'art. 15 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (cosiddetto codice della privacy), pur determinato da una lesione del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali tutelato dagli artt. 2 e 21 Cost. e dall'art. 8 della CEDU, non si sottrae alla verifica della "gravità della lesione" e della "serietà del danno" (quale perdita di natura personale effettivamente patita dall'interessato), in quanto anche per tale diritto opera il bilanciamento con il principio di solidarietà ex art. 2 Cost., di cui il principio di tolleranza della lesione minima è intrinseco precipitato, sicché determina una lesione ingiustificabile del diritto non la mera violazione delle prescrizioni poste dall'art. 11 del codice della privacy ma solo quella che ne offenda in modo sensibile la sua portata effettiva. In applicazione di tale principio la Cassazione ha cassato la decisione di merito che, sulla base del mero disagio, aveva ritenuto risarcibile il danno alla privacy, caratterizzato dalla possibilità, per gli utenti del *web*, di rinvenire agevolmente su internet - attraverso l'uso di un comune motore di ricerca - generalità, codice fiscale, attività di studio, posizione lavorativa e retributiva della parte attrice. Si tratta di due sentenze che giungono a decisioni opposte (la prima riconosce la risarcibilità del danno, la seconda no) per due ipotesi di danni non patrimoniali di lieve entità: è evidente che il principio di certezza soffre inevitabilmente dell'ampia discrezionalità di cui gode il giudice nel riconoscere o meno la serietà del danno. Critico circa la mancata individuazione del concetto del danno non patrimoniale di lieve entità è V. CECCARELLI, *La soglia di risarcibilità del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali*, in *Danno resp.*, 2015, 343, secondo cui la soglia di risarcibilità è passata da parametro di quantificazione del danno non patrimoniale a metro di selezione degli interessi. In senso favorevole si esprime invece E. MANDRIOLI, *Spunti critici per un'interpretazione restrittiva del danno risarcibile*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 652.

Nel caso oggetto dell'attenzione delle Sezioni unite n. 3727 del 2016 sembra che, a prescindere dalla configurabilità o meno del reato di cui all'art. 684 c.p., possa individuarsi un diritto costituzionale leso di particolare importanza (violazione della riservatezza e/o della reputazione). Il problema semmai che si pone quindi è quello di accertare, anche a voler ammettere – diversamente dalle conclusioni cui perviene la sentenza da ultimo citata - che il reato di cui all'art. 684 c.p. sia plurioffensivo in quanto posto a tutela sia dell'interesse al buon funzionamento della giustizia sia (più o meno indirettamente) a tutela della riservatezza e della reputazione, se questa offensività nei confronti dei valori reputazione/riservatezza superi una certa soglia di tollerabilità, ossia se il danno possa considerarsi lieve ove alla limitatezza della riproduzione si accompagni la marginalità del loro contenuto, per il fatto di riferirsi a fatti storici non particolarmente significativi se non addirittura pacifici per il pubblico dei lettori.

Si comprende allora quale diventa il problema creato da una soluzione pur in astratto più che condivisibile, problema per certi versi analogo a quello creato dall'istituto dell'abuso del diritto: il sacrificio della certezza del diritto (che pure è riconducibile al principio di ragionevolezza e quindi all'art. 3 Cost.⁴³, in quanto è rimesso alla discrezionalità del giudice nell'interpretare la coscienza sociale lo stabilire quando un danno non patrimoniale sia di "lieve entità" (similmente a quanto avviene in campo contrattuale, ove il giudice deve decidere quando l'esercizio di un diritto determini uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte).

Per venire incontro a queste esigenze di certezza, si ritiene che il legislatore potrebbe intervenire per fissare un limite pecuniario sotto il quale il danno non patrimoniale non possa essere risarcito, in tal modo consentendo anche al danneggiato di potersi meglio regolare circa le possibilità di ottenere un ristoro alla sua pretesa (che spesso, perlomeno in linea di massima, può già quantificarsi: si pensi in particolare alle tabelle di Milano, mediante le quali il danno biologico, ove si conoscano l'età del danneggiato e la percentuale di invalidità riconosciutagli, è già, a grandi linee, "patrimonializzato"), con conseguenti ricadute positive quindi anche in termini di riduzione delle cause sollevate inutilmente.

In definitiva, il principio della non risarcibilità in ogni caso del danno non patrimoniale di lieve entità, trova un sicuro riferimento costituzionale nel principio di solidarietà e nella necessità di bilanciarlo con qualsiasi altro diritto, nonché con evidenti ragioni pratiche di impedire l'accesso

⁴³ Cfr. Corte cost. 16 luglio 2013 n. 219.

alla giustizia a liti di scarso valore economico (che trovano un referente costituzionale nell'art. 111 Cost.); al contempo però questa impostazione si scontra inevitabilmente con il principio della certezza del diritto. In effetti, a voler essere coerenti con l'impostazione della sentenza da ultimo citata, una volta riconosciuto che il danno non patrimoniale in genere è risarcibile ed è pure suscettibile di essere liquidato in denaro, ed è quindi assimilabile in concerto ad un danno patrimoniale, si dovrebbe coerentemente pervenire alla conclusione che anche il danno patrimoniale di lieve entità non possa essere risarcito, a meno di non violare il principio di uguaglianza volendo considerare i danni non patrimoniali come danni "di serie B", ossia "meno meritevoli di risarcimento" di quelli patrimoniali.

3. Il danno non patrimoniale di lieve entità provocato intenzionalmente.

Le perplessità di cui al paragrafo precedente diventano inquietanti interrogativi ove si consideri che la sentenza n. 3727 del 2016 della Cassazione non ha operato alcun distinguo per l'ipotesi in cui il danno non patrimoniale sia cagionato volontariamente. Riprendendo l'esempio di danno non patrimoniale non risarcibile fatto dalla sentenza n. 26972 del 2008, relativo al graffio superficiale all'epidermide, non sembra infatti ragionevole che tale danno, pure oggettivamente esiguo e pur se compiuto *una tantum*, debba essere tollerato nel caso in cui esso sia effettuato intenzionalmente (quindi soprattutto non se a titolo di dolo eventuale ma diretto o intenzionale). Del resto l'art. 833 c.c. in tema di divieto di atti d'emulazione vieta persino l'esercizio di un proprio diritto quando esso abbia il solo scopo di nuocere o recare molestia ad altri.

Potrebbe però sostenersi che il principio di solidarietà debba essere più rettamente inteso non come obbligo nei confronti del danneggiante di tollerare e sopportare la maleducazione e l'invadenza, ma come dovere nei confronti dell'ordinamento giuridico, e quindi della collettività, di non proporre causa per una questione "bagatellare" che appesantirebbe il meccanismo della giustizia, visto che la collettività non può permettersi di sopportare il costo, economico e sociale, di un numero eccessivo di cause, anche alla luce dei principi costituzionali riguardanti la ragionevole durata del processo, dato che l'aumentare del numero delle cause farebbe inevitabilmente rallentare tutte le altre (oltretutto, nella maggior parte dei casi, aventi ad oggetto interessi ben più rilevanti). E' infatti evidente, anche in una prospettiva di analisi economica del diritto, che il costo per la collettività di una causa "bagatellare" può raggiungere – e nella realtà

spesso non solo raggiunge ma supera di gran lunga – il valore della causa stessa e sarebbe pertanto irragionevole che l’ordinamento possa consentire liti simili. In quest’ottica dunque, il principio di solidarietà sposterebbe la prospettiva su un piano più propriamente pubblicistico, mettendo in gioco valori estranei al rapporto prettamente privatistico⁴⁴.

Tuttavia, anche in questa prospettiva “pubblicistica” rimane pur sempre aperto il problema della mancata sanzione nei confronti del danneggiante, a meno di non volerlo giustificare per il solo fatto che, in concreto, comportamenti di ordinaria maleducazione sono ormai oggi in Italia all’ordine del giorno e sono purtroppo socialmente ampiamente non solo diffusi ma anche e soprattutto tollerati (si pensi al posteggio di una autovettura in doppia fila per un lasso significativo di tempo o a rumori molesti emessi in ore notturne). Il problema della mancata sanzione del danneggiante potrebbe risolversi rilevando come la concezione della responsabilità civile come avente natura sanzionatoria sia ormai superata: si pensi alla sentenza della Cassazione a sezioni unite⁴⁵ in materia di danno tanatologico, secondo cui in caso di morte cagionata da un illecito, il pregiudizio conseguente è costituito dalla perdita della vita, bene giuridico autonomo rispetto alla salute, fruibile solo in natura dal titolare e insuscettibile di essere reintegrato per equivalente, sicché, ove il decesso si verifichi immediatamente o dopo brevissimo tempo dalle lesioni personali, deve escludersi la risarcibilità *iure hereditatis* di tale pregiudizio.

Nella prospettiva originaria invece il cuore del sistema della responsabilità civile era legato a un profilo di natura soggettiva e psicologica, che ha riguardo all’agire dell’autore dell’illecito e vede nel risarcimento una forma di sanzione analoga a quella penale, con funzione deterrente (sistema sintetizzato dal principio affermato dalla dottrina tedesca “nessuna responsabilità senza colpa” e corrispondente alle codificazioni ottocentesche per giungere alle stesse impostazioni teoriche poste a base del codice del 1942).

⁴⁴ A proposito del concetto di solidarietà, rileva peraltro la Consulta (Corte cost. 28 febbraio 1992 n. 75) che con l’art. 2 Cost. acquista rilevanza giuridica l’attività collettiva altruistica e disinteressata, con scopi di pura solidarietà.... la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un’autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa. Quindi né nella definizione della Corte costituzionale (né tanto meno nei lavori dell’assemblea costituente) si rinviene traccia di un principio di solidarietà da intendersi come dovere di tollerare l’altrui attività dolosamente illecita quando essa provochi soltanto danni di “lieve entità”. Sul concetto di solidarietà nel disegno originario del Costituente, si rinvia a E. ROSSI, *Commento all’art. 2 Cost.*, in *Comm. Cost.* a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, UTET, 2006, 38.

⁴⁵ Cfr. Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350.

L'attuale impostazione, sia dottrinarica che giurisprudenziale, (che nelle sue manifestazioni più avanzate concepisce l'area della responsabilità civile come sistema di responsabilità sempre più spesso oggettiva, diretta a realizzare una tecnica di allocazione dei danni secondo i principi della teoria dell'analisi economica del diritto) evidenzia come risultato primaria l'esigenza (oltre che consolatoria) di riparazione (e redistribuzione tra i consociati, in attuazione del principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.) dei pregiudizi delle vittime di atti illeciti, con la conseguenza che il momento centrale del sistema è rappresentato dal danno, inteso come “perdita cagionata da una lesione di una situazione giuridica soggettiva”⁴⁶.

Occorre però sottolineare che nel caso del danno non patrimoniale di lieve entità tale danno (anche se appunto di lieve entità) si è realizzato effettivamente, e quindi, anche in una prospettiva non sanzionatoria ma riparatoria, non può non rilevarsi che così è il danneggiato – che non può chiedere il risarcimento del relativo danno – e non il danneggiante, a doversi fare carico del relativo danno, il che, nel caso in cui tale danno sia cagionato con dolo, appare francamente del tutto irragionevole. Inoltre, non può dimenticarsi che, nel caso del danno da morte il danneggiante verrà comunque sanzionato dal codice penale, e dovrà inoltre molto probabilmente risarcire i parenti della vittima per i danni patrimoniali e non patrimoniali da loro subiti; nel caso invece del danno non patrimoniale di lieve entità, in relazione all'entrata in vigore della causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto introdotta dal d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, che ha inserito all'interno del codice penale l'art. 131-bis c.p. secondo cui *la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, l'offesa è di particolare tenuità*, il danneggiante “rischia” di non incorrere in nessuna sanzione, né penale né civile.

Si ritiene dunque che, perlomeno per quanto riguarda quelli cagionati volontariamente, la Suprema Corte dovrebbe riflettere circa l'impossibilità di ottenere il risarcimento dei danni non patrimoniali di lieve entità.

4. Il danno biologico di lieve entità nel codice delle assicurazioni.

Come accennato nel primo paragrafo, l'art. 32 del d.l. n. 1 del 2012, convertito in l. n. 27 del 2012, ha da una parte stabilito che il danno alla persona per lesioni di lieve entità – temporaneo o permanente – di cui all'articolo 139 del codice delle assicurazioni è risarcito solo a seguito di

⁴⁶ Cfr. Corte cost., 27 ottobre 1994 n. 372.

riscontro medico legale da cui risulti visivamente o strumentalmente accertata l'esistenza della lesione e dall'altra ha aggiunto il seguente periodo al comma 2 dello stesso articolo 139: «*In ogni caso, le lesioni di lieve entità, che non siano suscettibili di accertamento clinico strumentale obiettivo, non potranno dar luogo a risarcimento per danno biologico permanente*». Con riguardo a tali modifiche normative, l'ordinanza n. 242 del 2015 della Corte costituzionale ha affermato che già con la sentenza n. 235 del 2014 la Corte stessa aveva per un verso escluso che la "necessità" del riscontro strumentale sia riferibile al danno temporaneo e aveva, per altro verso, ritenuto non censurabile la prescrizione della necessaria diagnostica strumentale ai fini della ricollegabilità di un danno "permanente" alle microlesioni di cui trattasi. Infatti, spiega la Consulta nell'ordinanza citata, in relazione a tale seconda tipologia di danno la limitazione imposta al correlativo accertamento (che sarebbe altrimenti sottoposto ad una discrezionalità eccessiva, con rischio di estensione a postumi invalidanti inesistenti o enfaticizzati) è stata già ritenuta rispondente a criteri di ragionevolezza, in termini di bilanciamento, nel nostro sistema di responsabilità civile per la circolazione dei veicoli obbligatoriamente assicurati, in cui le compagnie assicuratrici, concorrendo *ex lege* al Fondo di garanzia per le vittime della strada, perseguono anche fini solidaristici, e nel quale l'interesse risarcitorio particolare del danneggiato deve comunque misurarsi con quello, generale e sociale, degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi. Pertanto, il nuovo art. 139 del codice delle assicurazioni afferma ora il principio secondo cui la risarcibilità del danno biologico permanente è subordinata all'imprescindibile sussistenza di un accertamento clinico strumentale obiettivo, dunque ad una specifica prov di tipo documentale, non bastando i soli accertamenti clinico-obiettivi⁴⁷.

L'ordinanza n. 242 del 2015 presta però il fianco a facili critiche, dal momento che questa forte limitazione probatoria impedisce in molti casi alla parte lesa di dimostrare il danno subito,

⁴⁷ Così si esprime M. BONA, *Lesioni di lieve entità ed accertamenti strumentali: la Consulta ignora questioni di costituzionalità manifestamente fondate*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 466, fortemente critico, con dovizia di convincenti argomentazioni cui si rinvia, nei confronti delle due pronunce della Corte costituzionale nn. 242 del 2015 e 235 del 2014. L'autore citato reca il seguente esempio pratico per dimostrare i gravi limiti di questa limitazione probatoria: chi abbia la sventura di recarsi presso un pronto soccorso, lamentando di avere subito un colpo di frusta, non viene praticamente mai sottoposto a tutti quegli accertamenti strumentali che, pretesi dal legislatore, si imporrebbero nell'immediatezza per un'indagine seria sull'effettiva sussistenza e portata di una distorsione del rachide cervicale (risonanze magnetiche *in primis*), ciò in quanto tali esami comporterebbero ingenti costi per il servizio sanitario nazionale, del tutto sproporzionati rispetto alle finalità cliniche e terapeutiche, senza considerare quanto sia sconsigliato, specie per alcuni soggetti come le donne in gravidanza, sottoporsi a radiazioni ionizzanti; tutto ciò in un contesto della sanità pubblica pesantemente in crisi a causa dei continui tagli operati.

finendo inevitabilmente per incidere sulla tutela del bene giuridico salute di cui all'art. 32 Cost., tutelato come fondamentale e inviolabile da innumerevoli pronunce della Consulta⁴⁸.

Sembra che pure in questo caso, come anche si è descritto nei paragrafi 2 e 3 a proposito della giurisprudenza della Cassazione in tema di serietà del danno, il principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. venga “scomodato” non del tutto a proposito: in quel caso per costringere il danneggiato ad un dovere di solidarietà nei confronti del danneggiante quand'anche quest'ultimo abbia agito contro di lui intenzionalmente; in questo caso per imporre al danneggiato un dovere di solidarietà nei confronti dell'insieme generico delle compagnie assicurative e degli assicurati. In entrambi i casi l'elemento casualità/fatalità/destino sembra farla da padrone, nel senso che è il danneggiato a dover sopportare senza sua colpa il danno quand'anche non abbia responsabilità per il verificarsi del danno stesso e quest'ultimo sia oggetto di assicurazione.

Altro elemento che lascia non poco perplessi – soprattutto in un ragionamento svolto da una Corte costituzionale, per definizione garante dei diritti supremi degli essere umani – è la considerazione secondo cui se i danni non fossero suscettibili di essere provati solo mediante accertamenti strumentali essi sarebbero sottoposti ad una “discrezionalità eccessiva, con rischio di estensione a postumi invalidanti inesistenti o enfaticizzati”: si afferma infatti di fatto che, per impedire il comportamento – peraltro penalmente rilevante – di alcuni danneggiati o di medici compiacenti diretto ad ingigantire maliziosamente le conseguenze del danno, si debba penalizzare l'intera platea dei danneggiati, impedendogli o rendendo dogli assai più complicato l'accesso all'azione, in palese violazione non solo dell'art. 32 Cost. cit., ma anche degli artt. 24 e 111 Cost. nonché 6 CEDU, secondo i quali tutti possono agire in giudizio per la difesa dei propri diritti mediante un giusto processo.

La citata sentenza della Consulta n. 235 del 2014 si era peraltro posta il problema della portata delle modifiche normative introdotte con il d.l. n. 1 del 2012, ma aveva affermato che dette disposizioni non sono attinenti alla consistenza del diritto al risarcimento del danno biologico, in quanto esse incidono “solo” a livello procedurale-processuale, cioè sull'accertamento in concreto dei pregiudizi: come se diritto ad un risarcimento e limitazioni alla sua prova costituissero due distinte realtà.

⁴⁸ Cfr. ad esempio Corte cost. 13 aprile 2016, n. 84 e 11 novembre 2015 n. 230, solo per citare le ultime.

Non può dunque non considerarsi come le modifiche introdotte con il d.l. n. 1 del 2012 introducano un ulteriore e forte segnale di “diffidenza” per il danno non patrimoniale, per la cui rilevanza giuridica si richiede che la sua “serietà” sia documentata da accertamenti strumentali.

Si è poi detto nel primo paragrafo che un ulteriore indizio di un *favor* legislativo per la non risarcibilità del danno non patrimoniale “non serio” lo si ricava dalla lettura degli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, dalla quale emerge che il danno non patrimoniale deve essere risarcito in misura più che proporzionale al crescere della sua entità.

Deve altresì evidenziarsi che la citata sentenza n. 235 del 2014 della Corte costituzionale ha anche ridimensionato (per non dire azzerato) la componente “danno morale” del danno non patrimoniale, affermando che è pur vero che l’art. 139 del codice delle assicurazioni fa testualmente riferimento al “danno biologico” e non fa menzione anche del “danno morale”, ma che, con la sentenza n. 26972 del 2008, le sezioni unite della Corte di cassazione hanno chiarito come «*il danno morale*» – e cioè la sofferenza personale suscettibile di costituire ulteriore posta risarcibile (comunque unitariamente) del danno non patrimoniale – «*rientra nell’area del danno biologico, del quale ogni sofferenza, fisica o psichica, per sua natura intrinseca costituisce componente*». La norma denunciata non è, quindi, chiusa - prosegue nel suo ragionamento la Consulta - alla risarcibilità anche del danno morale: ricorrendo infatti in concreto i relativi presupposti, il giudice può avvalersi della possibilità di incremento dell’ammontare del danno biologico secondo la previsione, e nei limiti, di cui alla disposizione del comma 3 dell’art. 139 del codice delle assicurazioni (ossia l’aumento del risarcimento fino ad un quinto).

Tale ricostruzione contraddice però la definizione che lo stesso art. 139, al comma 2, offre di danno biologico: «*agli effetti di cui al comma 1 per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito*». Infatti, la norma comprende nella nozione di danno biologico le lesioni all’integrità psichica suscettibili di accertamento medico legale: ma il danno morale consiste nel dolore, nelle sofferenze, nei dispiaceri, nei patemi d’animo: non si tratta dunque di “lesioni”, non si tratta di una lesione “psichica” di un soggetto, e soprattutto si tratta di danni non suscettibili di accertamento medico-legale, con la conseguenza che, contrariamente alle

affermazioni della Consulta, nessun aumento del danno biologico può essere ottenuto per la circostanza “di aver sofferto più della media” certificata da un medico.

La sentenza della Consulta da ultimo citata ritiene che anche in relazione all’ulteriore profilo del «limite» all’integrale risarcimento del danno alla persona – costituito dalla possibilità di aumentare il risarcimento rispetto alle tabelle solo fino ad un quinto – la questione, in relazione ai medesimi parametri di cui sopra, non è fondata. La Corte costituzionale rileva infatti come anche in passato aveva chiarito come non si configuri un’ipotesi di illegittimità costituzionale per lesione del diritto inviolabile all’integrità della persona ove la disciplina in contestazione sia volta a comporre le esigenze del danneggiato con altro valore di rilievo costituzionale⁴⁹; a sua volta, la Corte di cassazione, con la già ricordata sentenza n. 26972 del 2008, ha puntualizzato come il bilanciamento tra i diritti inviolabili della persona ed il dovere di solidarietà comporti – come già ricordato - che non sia risarcibile il danno per lesione di quei diritti che non superi il «*livello di tollerabilità*» che «*ogni persona inserita nel complesso contesto sociale deve accettare in virtù del dovere di tolleranza che la convivenza impone*». Al bilanciamento – afferma la Consulta – non si sottraggono neppure i diritti della persona: orbene, in un sistema, come quello vigente, di responsabilità civile per la circolazione dei veicoli obbligatoriamente assicurata – in cui le compagnie assicuratrici, concorrendo *ex lege* al Fondo di garanzia per le vittime della strada, perseguono anche fini solidaristici, e nel quale l’interesse risarcitorio particolare del danneggiato deve comunque misurarsi con quello, generale e sociale, degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi – la disciplina in esame, che si propone il contemperamento di tali contrapposti interessi, supera certamente il vaglio di ragionevolezza, in quanto l’introdotta meccanismo standard di quantificazione del danno – attinente al solo settore delle lesioni di lieve entità – lascia comunque, spazio al giudice per personalizzare l’importo risarcitorio, risultante dalla applicazione delle suddette predisposte tabelle, eventualmente maggiorandolo fino ad un quinto, in considerazione delle condizioni soggettive del danneggiato.

Tuttavia la Corte costituzionale non tiene conto che la possibilità per il giudice di aumentare solo di un quinto l’importo di base – già modesto – stabilito dalle tabelle per personalizzare il danno biologico è eccessivamente riduttiva, sia perché, come detto in precedenza, per tale

⁴⁹ Cfr. Corte cost. 2 maggio 1985, n. 132.

aumento non si può tener conto del danno morale, sia soprattutto perché si trascura che il principio secondo cui occorre trattare in maniera adeguatamente diseguale situazioni diseguali⁵⁰, corollario del generalissimo principio di uguaglianza, non tollera limitazioni di sorta, e sono invece ben immaginabili danni non patrimoniali di lieve entità che diano luogo a conseguenze dannose ben superiori rispetto a quanto stabilito *a priori* dalle tabelle, pur aumentate di un quinto nei loro valori.

E' questo un ulteriore esempio di come, con la "scusa" della necessità di un'indagine circa la "serietà" del danno non patrimoniale, a seconda dei casi o sotto il profilo della non futilità o sotto il profilo di una consistenza minima del danno stesso, si nasconda in realtà una vera e propria arbitraria limitazione del relativo risarcimento. L'arbitrio consiste nella violazione di generalissimi principi, quali, a seconda dei casi, quelli di ragionevolezza, uguaglianza, certezza del diritto, giusto processo, diritto alla salute, adducendo una presunta necessità di adeguarsi ad un principio di solidarietà da intendersi come dovere del danneggiato di sopportare il danno senza poter chiedere il relativo risarcimento, o senza poterlo chiedere nella sua effettiva entità. Dietro queste limitazioni si nascondono in realtà esigenze senz'altro importanti ma dettate da ideali meno nobili rispetto al principio di solidarietà, quali quella di ridurre o il numero delle liti o i premi assicurativi.

⁵⁰ Cfr. ad esempio Corte cost. 23 febbraio 2012 n. 36.

ALESSANDRA GATTO

Consumatore e “persona”

SOMMARIO: 1. Il consumatore come “persona” portatrice di diritti fondamentali. - 2. Il mercato come formazione sociale in cui il consumatore non solo compie operazioni economiche ma svolge anche la sua personalità. - 3. I diritti fondamentali nel Codice del consumo. - 4. La persona umana nel Codice del consumo. - 5. La persona umana nel Codice del turismo. - 6. Il consumatore non persona fisica e il principio di uguaglianza. - 7. Conclusioni.

1. Il consumatore come “persona” portatrice di diritti fondamentali.

I principi della solidarietà sociale e della dignità della persona, che permeano l'intero ordine costituzionale, connotando la forma di Stato in termini di democrazia sostanziale, trovano uno specifico ambito di applicazione anche nelle disposizioni riguardanti le libertà economiche, in quanto il diritto di iniziativa economica del professionista viene limitato, a favore del consumatore, attraverso clausole aperte quali l'“utilità sociale” e la “sicurezza, la libertà la dignità umana”⁵¹. La contrattazione sul mercato, accanto ad interessi pubblici aventi una forte caratterizzazione collettiva (come ad esempio il rispetto dell'ambiente e della concorrenza) mette in gioco anche il rispetto di diritti fondamentali del singolo, della persona umana (in primis il diritto alla salute, ma si pensi anche al diritto alla privacy e alla riservatezza⁵², sempre più messi a

⁵¹ C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano 1985, 370, il quale considera le condizioni generali del contratto come un fenomeno collettivo e ritiene che la potenziale dannosità sociale delle stesse sia data dall'eventuale approfittamento che trascende il singolo rapporto e si proietta a danno di una generalità di contraenti, assoggettati all'altrui potere regolamentare; M. NUZZO, *Condizioni generali di contratto e pubblici servizi*, Milano 1994, 157, il quale sottolinea l'esigenza di una valutazione del potere privato condotta sulla scorta del limite dell'utilità sociale, nella quale si riassumono gli interessi fondamentali tutelati dalle norme costituzionali in tema di rapporti economici

• ⁵² Cfr. ad esempio Cass., 15 luglio 2014, n. 16133, secondo cui il danno non patrimoniale risarcibile ai sensi dell'art. 15 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (cosiddetto codice della privacy), pur determinato da una lesione del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali tutelato dagli artt. 2 e 21 Cost. e dall'art. 8 della CEDU, non si sottrae alla verifica della “gravità della lesione” e della “serietà del danno” (quale perdita di natura personale effettivamente patita dall'interessato), in quanto anche per tale diritto opera il bilanciamento con il principio di solidarietà ex art. 2 Cost., di cui il principio di tolleranza della lesione minima è intrinseco precipitato, sicché determina una lesione ingiustificabile del diritto non la mera violazione delle prescrizioni poste dall'art. 11 del codice della privacy ma solo quella che ne offenda in modo sensibile la sua portata effettiva. Il relativo accertamento di fatto è rimesso al giudice di merito e resta ancorato alla concretezza della vicenda materiale portata alla cognizione giudiziale ed al suo essere maturata in un dato contesto temporale e sociale. In applicazione di tale principio la S.C. ha cassata la decisione di merito che, sulla base del mero disagio, aveva ritenuto risarcibile il danno alla privacy, caratterizzato dalla possibilità, per gli utenti del “web”, di rinvenire agevolmente su internet - attraverso l'uso di un comune motore di ricerca - generalità, codice fiscale, attività di studio, posizione lavorativa e retributiva della parte

repentaglio da contrattazioni a distanza che richiedono necessariamente la raccolta di dati sensibili del consumatore).

La Costituzione non definisce l'utilità sociale; anche la Corte costituzionale evita di farlo, ma si limita volta per volta ad individuare cosa vi rientri e cosa no, affermando che un certo interesse costituzionalmente riconosciuto ha una valenza di utilità sociale e come tale deve essere adeguatamente tutelato. E i confini del concetto di utilità sociale sembrano ai nostri giorni diventati così ampi ed evanescenti che si corre concretamente il rischio di tendere ad identificare il concetto di utilità sociale con quello generico di interesse pubblico, della collettività, degli altri, siano essi singoli, una collettività più o meno grande o un gruppo di persone portatrici di un interesse omogeneo: sono gli interessi di tutti coloro che, direttamente o indirettamente, vengono colpiti dall'iniziativa economica altrui: ad es. i lavoratori, i consumatori, i cittadini che abitano vicino ad un'industria e ne respirano i fumi velenosi. Potrebbe allora ben affermarsi che così facendo tale espressione perde probabilmente un reale contenuto precettivo. Ma forse questo rischio vale la pena di essere corso, perché riterrei che con il riferimento all'utilità sociale nella Costituzione si è proprio voluto attribuire dignità costituzionale al concetto – sicuramente generico e vago ma non per questo non importante - degli interessi della collettività che, volente o nolente, si trovi ad interagire con colui che esercita un'attività economica⁵³.

attrice. Risale addirittura al 1969 la prima pronuncia della Corte di giustizia in materia di diritto alla riservatezza nel trattamento dei dati personali. Nel caso *Stauder* (Corte giust. CEE, sentenza 12 novembre 1969, causa 29/69, *Stauder*, in Racc., 419 ss.), il *Verwaltungsgericht* di Stoccarda sollevava una questione pregiudiziale relativa alla decisione della Commissione del 1969 sulla fornitura di burro a prezzo ridotto a determinate categorie di consumatori, beneficiari di forme di assistenza pubblica (3). Per evitare che il prodotto immesso in tal modo sul mercato venisse sviato dalla sua destinazione, la decisione stabiliva tra l'altro che i beneficiari dovessero acquistare il burro presentando un buono "individualizzato". Il giudice nazionale chiedeva quindi alla Corte se l'identificazione del consumatore bisognoso mediante il rilascio di un buono recante il suo nominativo contrastasse con i diritti fondamentali della persona tutelati dall'ordinamento comunitario.

Al riguardo, la Corte di giustizia rilevava come la decisione in realtà non imponesse (né vietasse) l'identificazione del beneficiario dell'agevolazione mediante indicazione del nome sui buoni controversi, limitandosi a prevedere l'obbligo degli Stati di utilizzare buoni individualizzati. Ciò bastava, secondo la motivazione della pronuncia, ad escludere qualunque violazione dei diritti fondamentali della persona da parte del diritto comunitario.

La sentenza continua a suscitare notevole interesse, perché rappresenta una delle prime pronunce nelle quali la Corte ha manifestato la chiara intenzione di assolvere alla funzione di tutela dei diritti fondamentali della persona, sia pure nei limiti della loro compatibilità con la struttura e le finalità della Comunità. Cfr. F. BALDUCCI ROMANO, *La protezione dei dati personali dell'Unione europea fra libertà di circolazione e diritti fondamentali dell'uomo*, in *Riv. dir. pubbl. comun.*, 2015, 1619.

⁵³ L'utilità sociale è citata spesso dalla Cassazione quale sinonimo di interesse pubblico a proposito di diffamazione e limiti del diritto di cronaca: cfr. ad es. Cass. 13 gennaio 2009, n. 482, secondo cui il diritto di informazione, garantito dall'art. 21 della Costituzione, sussiste in capo ad un'associazione di consumatori ogni qual volta risulti evidente l'"utilità sociale" della conoscenza dei fatti e delle opinioni, trasmessi con comunicati, perché

Ciò che in ogni caso deve sottolinearsi è che la progressiva eclissi, alla fine del secolo scorso, della disposizione base della costituzione economica italiana, l'art. 41 Cost., dietro il diritto comunitario - tanto che Sabino Cassese⁵⁴ ha contrapposto una vecchia costituzione economica che si sarebbe sviluppata a partire dall'unificazione ad una nuova costituzione economica che ha il suo caposaldo nella prospettiva ultranazionale - ha avuto, a partire dall'inizio del ventunesimo secolo, una brusca inversione di marcia: e infatti non può non notarsi di recente un progressivo riscatto dell'art. 41 Cost.⁵⁵.

Tornando all'utilità sociale, essa è un concetto che racchiude altresì la tutela di "diritti sociali", "ritenuti di fondamentale importanza sul piano della dignità umana", quali quello all'abitazione (cfr. in questo senso la citata giurisprudenza costituzionale in tema di condono edilizio), il diritto al lavoro (cfr. sentenze 200 del 2012 e n. 270 del 2010, 50 del 2005: quest'ultima parla di "diritto sociale al lavoro"), il diritto allo studio (sentenza n. 219 del 2002). Si tratta a ben vedere più che di diritti soggettivi, ossia della singola persona, di interessi della collettività considerata nel suo insieme e che per essere concretamente realizzati hanno bisogno di molto denaro, che molto spesso però lo Stato non ha o non si può permettere (sentenza n. 223 del 2012). La prospettiva (anche) collettiva dei diritti fondamentali ben si attaglia ad una concezione moderna della tutela dei consumatori, ove sempre più spesso viene in rilievo non tanto il danno al singolo consumatore quanto la dimensione collettiva dell'illecito perpetrato ai danni di una collettività dei consumatori, ai quali è attribuito il rimedio, parimenti collettivo, della *class action* (cfr. art. 140-*bis* del codice del consumo).

Venendo poi al rapporto tra le varie fonti che riconoscono i diritti fondamentali, sembra che ormai sempre meno senso abbia impostare il problema in termini di rapporto di gerarchia tra le fonti: appare infatti che la distinzione tra diritti costituzionalmente riconosciuti, diritti fondamentali, diritti riconosciuti dalla Carta di Nizza e quindi facenti parte dell'Unione europea e quelli garantiti dalla CEDU sia ormai di fatto se non superata comunque sempre meno decisiva, in virtù di una giurisprudenza costituzionale che in presenza di una pluralità di interessi

diretti a contribuire alla formazione della pubblica opinione in materia di interesse generale (cfr. invece Cass. 13 maggio 2011, n. 11104, che si esprime in termini di "interesse pubblico" alla diffusione della notizia).

⁵⁴ S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Bari 2012, 44.

⁵⁵ Insistono sull'attuale centralità dell'art. 41 Cost. nella nuova Costituzione economica C. PINELLI, T. TREU, *La Costituzione economica a sessant'anni dalla Costituzione*, Milano 2010, 11, per i quali, inoltre, la reinterpretazione della Costituzione, specie dell'art. 41, si è andata affermando sulla spinta dell'ordinamento europeo.

costituzionalmente riconosciuti tende a ragionare in termini di necessario bilanciamento tra gli interessi stessi, pur nella convinzione che esista un nucleo essenziale o irrinunciabile dei diritti fondamentali insuscettibile di essere compresso e nella consapevolezza che esiste una reciproca integrazione fra le fonti, fra le quali tende a prevalere quella che offre una maggiore tutela del diritto fondamentale. Può tuttavia, riassuntivamente affermarsi che allo stato, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, nel nostro ordinamento esiste una gerarchia delle fonti per cui al primo posto troviamo i diritti fondamentali (sentenza n. 170 del 1984), al secondo le norme dell'Unione europea, al terzo le norme della Costituzione che non rivestono il rango di diritti fondamentali, al quarto le norme della CEDU (sentenze nn. 348 e 349 del 2007) e al quinto gli atti aventi forza di legge (leggi, decreti legge, decreti legislativi).

La (possibile) prevalenza (o perlomeno il necessario bilanciamento) dei diritti fondamentali sulla disciplina dell'Unione europea è affermata nella sentenza Alitalia (270 del 2010, in cui la Corte costituzionale dichiara infondata la questione di costituzionalità della norma che, consentendo la fusione tra Alitalia e Air One, deroga alla disciplina antitrust delle concentrazioni tra imprese): la dovuta coerenza con l'ordinamento comunitario, in particolare con il principio che «il mercato interno ai sensi dell'art. 3 del Trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata» (Protocollo n. 27 sul mercato interno e la concorrenza, allegato al Trattato di Lisbona entrato in vigore il 1° dicembre 2009, che conferma l'art. 3, lett. g, del Trattato CE), comporta il carattere derogatorio e per ciò stesso eccezionale di questa regolazione. In altri termini, occorre che siffatto intervento del legislatore costituisca la sola misura in grado di garantire la tutela di quegli interessi.

Occorre sottolineare che i diritti fondamentali sono sì suscettibili di essere bilanciati con altri valori, ma solo se questo sacrificio sia dettato da esigenze particolarmente meritevoli di tutela – ossia dalla necessità di contemperare tali diritti con altri (tra i quali sicuramente rientrano quelli espressi dal mercato) – e purché non sia mai intaccato il nucleo irrinunciabile (cfr. la sentenza n. 119 del 2012, secondo cui è compito della Corte costituzionale vigilare sul rispetto del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, per cui le esigenze di bilancio possono comprimere il diritto fondamentale alla previdenza di cui all'art. 38, il diritto alla salute di cui all'art. 32, ma non il loro nucleo essenziale), lo “zoccolo duro” dei diritti fondamentali. Seguendo questa impostazione, può ad esempio comprendersi quanto affermato dalla Corte costituzionale in tema di diritto alla salute:

esso, nel suo aspetto di pretesa all'erogazione di prestazioni (interesse pretensivo), "non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone", per altro verso però "le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana" (interesse oppositivo: Corte Cost., sentenze nn. 432 del 2005, 252 del 2001)⁵⁶.

Il diritto comunitario ha indubbiamente condizionato l'interprete nella lettura dell'art. 41 Cost., dapprima ritenendosi che la centralità del mercato e della concorrenza nel diritto europeo dovessero far pendere la bilancia a favore del comma 1 dell'art. 41, per poi "riscoprire" l'utilità sociale alla luce del maggior risalto attribuito di recente ai diritti fondamentali (si pensi solo al recepimento della Carta di Nizza ad opera dell'art. 6 TUE). Quanto all'individuazione dei diritti fondamentali della persona, essi sembrano tutti emanazione del generalissimo diritto alla dignità della persona umana, oggetto dell'art. 1 della carta di Nizza. In effetti, secondo le sentenze della Corte costituzionale n. 92 del 2002 e n. 293 del 2000, la tutela della dignità della persona umana non solo è un valore costituzionale fondamentale, ma altresì anima l'art. 2 Cost. e permea di sé l'intero diritto positivo. Ha poi affermato la sentenza n. 219 del 2008 che «il fine ultimo dell'organizzazione sociale» è «lo sviluppo di ogni persona umana», il cui valore si pone al centro dell'ordinamento costituzionale: compete al legislatore approntare il più efficace dei sistemi di tutela, affinché esso non venga compromesso. La Costituzione italiana, approvata il 22 dicembre 1947, fa esplicito riferimento ad esso negli articoli 3, 36 e 41, e lo richiama in particolare nell'art. 32. Un anno dopo, il 10 dicembre 1948, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite approva la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, il cui articolo 1 integra in modo significativo l'antica formula settecentesca della Dichiarazione francese ("gli uomini nascono e rimangono liberi e eguali nei diritti") affermando che "tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti".

Secondo la Consulta, quando si tratta di effettuare un bilanciamento tra vari interessi alla luce del principio di ragionevolezza, questo deve consistere in un "ragionevole e proporzionato

⁵⁶ Analogamente, ha affermato la Suprema Corte (Cass., S.U., 20 maggio 2006 n. 17461) che in relazione al bene-salute è individuabile un nucleo essenziale, in ordine al quale si sostanzia un diritto soggettivo assoluto e primario, volto a garantire le condizioni di integrità psico-fisica delle persone bisognose di cura allorquando ricorrano condizioni di indispensabilità, di gravità e di urgenza non altrimenti sopportabili, a fronte delle quali è configurabile esclusivamente un potere accertativo della pubblica amministrazione in punto di apprezzamento della sola ricorrenza di dette condizioni.

bilanciamento tra i diversi interessi, di rango costituzionale, implicati dalle scelte legislative, specialmente quando esse siano suscettibili di incidere sul godimento di diritti fondamentali, (cfr. le sentenze nn. 172 del 2012, 245 del 2011; “la prima della serie” è invece la sentenza 139 del 1982). E’ significativo però che è solo dal 2010 che la Corte costituzionale ha introdotto, nelle sue motivazioni riguardanti la violazioni da parte di una legge del principio di ragionevolezza, l’inciso “specie quando limitano un diritto fondamentale della persona”. La Corte non approfondisce ulteriormente il concetto, ma sembra evidentemente di capire che tutti i diritti possono essere compressi, ma quelli che meno possono tollerare una *deminutio* sono i diritti fondamentali quale ad esempio il diritto alla libertà personale.

Deve ritenersi che in questa accentuata sensibilità della Consulta verso i diritti fondamentali abbia contribuito l’equiparazione al diritto comunitario da parte del Trattato di Lisbona del 1° dicembre 2009 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea approvata a Nizza, in precedenza non formalmente entrata in vigore, ma che aveva assunto, sin dalla sua proclamazione, una valenza declaratoria e simbolica quale momento rilevante nel cammino verso un’Europa dei diritti (cfr. art. 6, co. 1, TUE).

Altro fattore significativo di sviluppo di una maggiore attenzione per i diritti fondamentali è l’introduzione, nel primo comma dell’art. 117 Cost., del limite, anche per il legislatore statale, del rispetto degli obblighi internazionali, così che si è potuto sviluppare – a partire dalle già citate fondamentali sentenze nn. 348 e 349 del 2007 – un orientamento della giurisprudenza costituzionale volto a subordinare non solo la validità delle norme interne al rispetto della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, ma anche l’interpretazione di questa agli orientamenti della Corte di Strasburgo. In questo quadro si inserisce il Trattato di Lisbona del dicembre 2009, che ha ampliato la prospettiva della protezione dei diritti fondamentali: con l’attribuire significato valoriale fondante al rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza, del pluralismo, della non discriminazione, della tolleranza, della giustizia e della solidarietà; con l’impegnare le istituzioni comunitarie a promuovere questo insieme di valori nell’adozione dei loro atti e nella formulazione delle politiche europee; con l’adesione da parte dell’Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (cfr. art. 6, co. 2, TUE).

Inoltre, pur rendendosi sempre più disponibile ad accogliere fonti di diritto di provenienza non autoctona, la Corte costituzionale non ha ad oggi ancora mai smentito l'affermazione contenuta nella sentenza n. 170 del 1984 (sempre confermata: cfr. ad esempio la sentenza n. 288 del 2010), con la quale ha dato sì ingresso al diritto comunitario in posizione di preminenza rispetto al diritto interno, ma ha anche ritenuto che "ciò non implicava che l'intero settore dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno fosse sottratto alla propria competenza, potendo il diritto comunitario essere soggetto al suo sindacato in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili delle persona umana". Si tratta della cosiddetta teoria dei controlimiti, che pone al vertice della gerarchia delle fonti i diritti fondamentali, collocati su un gradino ancora più alto rispetto al diritto comunitario, che pure a sua volta si pone su un piano superiore rispetto alle norme avente rango costituzionale.

Negli ultimi anni infine si è anche assistito ad una sempre maggiore rivalutazione del principio di correttezza nel mercato, sia da parte della giurisprudenza che della dottrina che della legislazione, tanto che si è giunti ad affermare che il principio di correttezza e buona fede costituisce un'applicazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale imposti dall'art. 2 Cost.⁵⁷.

2. Il mercato come formazione sociale in cui il consumatore non solo compie operazioni economiche ma svolge anche la sua personalità.

Funzione essenziale del mercato è la crescita della ricchezza attraverso una rapida circolazione dei beni, in ragione del fatto che il bene scambiato riveste un'utilità maggiore per chi lo compra rispetto a chi lo vende. Ma attraverso il mercato viene spesso direttamente permessa la

⁵⁷ Il principio di correttezza e buona fede - il quale, secondo la Relazione ministeriale al codice civile, "richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore" - deve essere inteso in senso oggettivo in quanto enuncia un dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 della Costituzione, che, operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge, sicché dalla violazione di tale regola di comportamento può discendere, anche di per sé, un danno risarcibile (Cass., 10 novembre 2010, n. 22819, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 335; Cass. 14 ottobre 2013 n. 23232). Del resto, secondo l'art. 39 del Codice del consumo (*Regole nelle attività commerciali*) *le attività commerciali sono improntate al rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà, valutati anche alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori.*

realizzazione e il conseguimento di diritti fondamentali (ad esempio attraverso il mercato televisivo il diritto ad essere informati; attraverso la vendita di beni alimentari il diritto alla salute).

La nascita del mercato viene tradizionalmente indicato come un passaggio fondamentale della storia dell'uomo, il punto di passaggio dal medio evo all'età moderna e la nascita della borghesia; è il momento in cui gli abitanti del feudo lasciano i propri feudatari per incontrarsi e scambiare i propri beni prodotti in eccedenza: vengono fondate nuove città ed inizia a circolare il denaro⁵⁸. In economia si intende per mercato il luogo deputato allo svolgimento degli scambi; secondo un'altra definizione il mercato è il punto di incontro della domanda e dell'offerta⁵⁹, cioè degli acquirenti e dei venditori⁶⁰.

Ma il mercato è più di un luogo di scambio, anche e soprattutto perché vi sono delle persone umane che possono recarvisi, incontrarsi, scambiarsi delle idee, informarsi, più o meno bene, e non comprare o vendere nulla. In effetti, secondo il giurista inglese Goode, se il mercato si basasse solo su una serie di contratti bilaterali non collegati tra loro rimarrebbe un bambino gracile. Ciò che gli ha dato forza è stato il mercato organizzato, il luogo fisico di incontro – e in tempi più recenti la rete di comunicazione elettronica – con le sue regole associative, le sue occasioni per far conoscere i venditori agli acquirenti ed i finanziatori a chi prende a prestito il denaro, il clima di fiducia o meno che vi si respira al suo interno⁶¹. Scrive poi Guido Rossi che il mercato è sede naturale di un vastissimo *bargaining*, cioè di una contrattazione continua, che va oltre la contrattazione giuridica e le sue regole e che è fra l'altro costituita da una serie di pratiche informali, dove c'è molto disordine e i contratti e la loro vincolatività sono valutati solamente per la loro efficacia ai fini del raggiungimento di un determinato scopo economico⁶². Aggiunge Oppo che è il mercato che in qualche modo deve comporre domanda e offerta, e mercato vuol dire gli uomini, nei loro bisogni e sentimenti⁶³.

⁵⁸ M. BLOCH, *La società feudale*, Torino 1984, 471.

⁵⁹ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari 1998, 67, secondo cui il mercato è un luogo, anche solo figurativamente inteso, in cui si realizzano scambi organizzati: è dunque un *locus artificialis* che non potrebbe esistere senza un nucleo di regole che in qualche modo lo conformino. Il mercato sarebbe *locus artificialis* e non *naturalis* perché "fatto con l'arte del legiferare".

⁶⁰ G. SANTINI, *Il commercio: saggio di economia del diritto*, Bologna 1979, 22.

⁶¹ R. GOODE, *Il diritto commerciale del terzo millennio*, Milano 2003, 72.

⁶² G. ROSSI, *Diritto e mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, 14.

⁶³ G. OPPO, *Contratto e mercato*, in *Scritti giuridici*, VII, Padova 2005, 19.3

In ogni caso il mercato appare oggi sempre più anche un luogo vivo, dove non solo avvengono le contrattazioni ma in cui delle persone fisiche si incontrano e può dunque ragionevolmente considerarsi una formazione sociale ove si svolge la personalità dell'uomo riconosciuta e tutelata dall'art. 2 Cost.⁶⁴.

Il principio personalistico, accolto nella Costituzione, soprattutto negli artt. 2 e 3, 2° co., muove dall'idea di uomo *situato*, che sviluppa cioè la sua personalità aderendo ad una serie progressiva di formazioni sociali, culminanti nella società politica (storicamente incarnata dallo Stato), avente per fine, diretto o sussidiario, la generalità dei bisogni umani (il bene comune). Tradizionalmente, anche i giuristi maggiormente legati a tale impostazione non inseriscono il mercato tra le formazioni sociali, in cui tutt'al più rientra l'impresa, in quanto si vede nel mercato non un luogo di socialità nel senso comunitario del termine, bensì un luogo di conflittualità, di concorrenza mossa da finalità di tipo individualistico. Il mercato era pertanto ridotto, in tali teorie, ad arena degli imprenditori. Fatti recenti dimostrano però come il funzionamento del mercato dipenda non dai soli meccanismi di produzione e di profitto, bensì da un clima relazionale di fiducia, che rivela la pluralità dei soggetti presenti nel mercato e la loro ineludibile interdipendenza⁶⁵.

E la considerazione del consumatore innanzitutto come persona umana e non solo come un automa caratterizzato esclusivamente da scarsità di esperienza e di informazioni emerge nel codice del Consumo anche dall'analisi della ratio di alcune delle discipline di tutela: si pensi ad esempio al diritto di recesso, che più che tutelare l'inesperienza sembra piuttosto diretto ad impedire scelte di impulso dettate dall'emotività.

⁶⁴ Il principio personalistico, accolto nella Costituzione, soprattutto negli artt. 2 e 3 co. 2, muove dall'idea di uomo *situato*, che sviluppa cioè la sua personalità aderendo ad una serie progressiva di formazioni sociali, culminanti nella società politica (storicamente incarnata dallo Stato), avente per fine, diretto o sussidiario, la generalità dei bisogni umani (il bene comune). Tradizionalmente, anche i giuristi maggiormente legati a tale impostazione non inseriscono il mercato tra le formazioni sociali, in cui tutt'al più rientra l'impresa, in quanto si vede nel mercato non un luogo di socialità nel senso comunitario del termine, bensì un luogo di conflittualità, di concorrenza mossa da finalità di tipo individualistico. Il mercato era pertanto ridotto, in tali teorie, ad arena degli imprenditori. Fatti recenti dimostrano però come il funzionamento del mercato dipenda non dai soli meccanismi di produzione e di profitto, bensì da un clima relazionale di fiducia, che rivela la pluralità dei soggetti presenti nel mercato e la loro ineludibile interdipendenza: cfr. in questo senso F. PIZZOLATO, *Mercato e istituzioni logiche a confronto*, in *Impr. & Stato*, 2001, n. 55, 78.

⁶⁵ F. PIZZOLATO, *Autorità e consumo. Diritti dei consumatori e regolazione del consumo*, Milano 2009, 116. Del resto la Corte di Cassazione ha riconosciuto la qualifica di consumatore al cliente nei confronti dell'avvocato, a nulla rilevando che il rapporto fosse non di contrapposizione ma al contrario di collaborazione (Cass., 24 gennaio 2014, n. 1464).

3. I diritti fondamentali nel Codice del consumo.

Secondo l'art. 2, 1° co., cod. cons. (rubricato "Diritti dei consumatori") "sono riconosciuti e garantiti i diritti e gli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti, ne è promossa la tutela in sede nazionale e locale, anche in forma collettiva e associativa, sono favorite le iniziative rivolte a perseguire tali finalità, anche attraverso la disciplina dei rapporti tra le associazioni dei consumatori e degli utenti e le pubbliche amministrazioni". Tale norma riproduce quasi integralmente l'art. 1 della l. 30 luglio 1998, n. 281, una delle tante leggi in materia di consumatori che è stata abrogata dall'art. 146 del codice del consumo (in particolare dalla lettera f di tale articolo), codice che infatti si propone di raccogliere in una sorta di testo unico le norme in tema di consumatore. Peraltro, poiché l'art. 2 cod. cons. stabilisce che ai consumatori e agli utenti siano riconosciuti come fondamentali i diritti "alla correttezza, alla trasparenza e all'equità nei rapporti contrattuali", l'ambito di applicazione di questa nuova norma, in quanto comprensivo di ogni rapporto contrattuale indipendentemente dal suo oggetto, sembrerebbe più ampio dell'art. 1 della l. n. 281 del 1998, che circoscriveva gli stessi diritti ai soli rapporti contrattuali concernenti beni e servizi. L'innovazione, perciò, ha una portata più formale che sostanziale, essendo ben difficile che nella prassi commerciale un rapporto contrattuale tra professionista e consumatore possa avere un oggetto diverso rispetto a beni o servizi.

Prosegue il 2° comma affermando che: "Ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti: alla tutela della salute (cfr. art. 32 Cost.); alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi (cfr. art. 102-127 cod. cons.); ad una adeguata informazione (cfr. art. 5-17 cod. cons.) e ad una corretta pubblicità (cfr. art. 28-32 cod. cons.); all'educazione al consumo (cfr. art. 4 cod. cons.); all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà (cfr. artt. 18 – 27-*quater* cod. cons.); alla correttezza, alla trasparenza e all'equità nei rapporti contrattuali (cfr. artt. 33-100; 128-135 del codice del consumo); alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti (cfr. artt. 2 e 18 Cost. e 136-141 cod. cons.); all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza (cfr. art. 101 cod. cons.).

Secondo una dottrina il 2° comma dell'art. 2 cod. cons. individuerrebbe una categoria di diritti dei consumatori, detti "fondamentali", che si porrebbe in rapporto di specialità rispetto al

più ampio insieme di diritti riconosciuti dal 1° comma⁶⁶. Tale tesi tuttavia non sembra confortata da un dato testuale, perché il 1° comma non reca un elenco di diritti o interessi dei consumatori: in altri termini non è dato individuare quali siano i diritti dei consumatori non “fondamentali”. Peraltro, non viene neppure detto che i diritti fondamentali godrebbero di una tutela maggiore rispetto ai diritti non “fondamentali” di cui al 1° comma; né naturalmente è possibile individuare un posizionamento più elevato del 2° comma nella gerarchia delle fonti rispetto ad altre leggi di rango primario che permetta di considerare i diritti fondamentali del consumatore “inviolabili” da altre norme di rango primario.

La formulazione dell’art. 2 del codice del consumo appare enfatica, dal momento che tale espressione non vale evidentemente ad attribuire alla posizione del consumatore nei rapporti contrattuali col professionista un rilievo costituzionale, potendo tale rilevanza, e la conseguente tutela che ne deriva, discendere solo da una legge della corrispondente tipologia⁶⁷.

Occorre cioè prestare attenzione a non confondere tra “diritti fondamentali dei consumatori” di cui all’art. 2 del codice del consumo e “diritti inviolabili dell’uomo” di cui all’art. 2 della Costituzione, che, al contrario dei primi, non solo sono riconosciuti dalla Costituzione, ma, che secondo la Corte costituzionale si pongono nella gerarchia delle fonti, come illustrato in precedenza, su un piano superiore anche rispetto al diritto comunitario.

Sembra invece che l’elenco dei diritti fondamentali del consumatore di cui al 2° comma dell’art. 2 ben possa essere modificato da una semplice legge ordinaria. In effetti, la norma non fa discendere alcuna conseguenza dalla qualifica come “fondamentale” di un certo diritto. La funzione della norma sembra dunque innanzitutto programmatica, simbolica, volta ad attribuire particolare solennità a questi diritti⁶⁸ secondo cui l’espressione “diritti fondamentali” deve intendersi in modo meno aulico, come diritti essenziali, diritti che non possono essere violati senza adeguata sanzione). Peraltro, il fatto che essi non siano stati innalzati nella gerarchia delle fonti non significa che la norma non possa comunque avere un ruolo di monito per il legislatore a non incidere tali diritti, o meglio a valutare con particolare scrupolo le future norme che dovessero

⁶⁶ G. CHINÉ, *Commento all’art. 2 del Codice del consumo*, in *Commentario al Codice del consumo* a cura di V. Cuffaro, Milano 2006, 11

⁶⁷ F. CAMILLETI, *L’art. 2 del Codice del consumo e i diritti fondamentali dei consumatori nei rapporti contrattuali*, in *I contratti*, 2007, 910.

⁶⁸ G. ALPA, *Nuove prospettive di tutela dei consumatori*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2009, II, 242.

incidere sui diritti fondamentali, richiamando l'attenzione sulla necessità di una ponderata valutazione di interessi nell'eventualità se ne volesse sacrificare o limitare uno. L'art. 2 cod. cons. deve inoltre essere letto insieme all'art. 143 dello stesso codice: tale disposizione, che costituisce norma di chiusura del sistema ed è collocata tra le "Disposizioni finali" del codice, stabilisce che i diritti che il codice attribuisce al consumatore sono irrinunciabili e che è nulla ogni pattuizione in contrasto con le disposizioni del codice. L'art. 143 eleva dunque al rango di principi imperativi quelli previsti a tutela del consumatore.

Quanto detto non impedisce inoltre di notare che vi sono alcune chiare sovrapposizioni tra diritti inviolabili della persona e diritti fondamentali dei consumatori: si pensi al diritto alla salute e al diritto di associarsi⁶⁹.

Ed è probabilmente questa suggestione il punto di partenza per Alpa quando afferma che la legge 30 luglio 1998, n. 281, successivamente confluita senza modifiche di rilievo nel codice del consumo, qualificherebbe espressamente la tutela del consumatore come protezione di diritti fondamentali della persona; di qui l'impossibilità di definire il consumatore come categoria "minimale e negativa"⁷⁰. In realtà però un'affermazione del genere non è contenuta né nella legge n. 281 del 1998, ora abrogata, né nel codice del consumo, ove è confluita sotto l'aspetto dell'art. 2 di tale codice.

Non vi è pertanto alcuna equiparazione dei diritti del consumatore a quelli della persona ma solo il riconoscimento come "fondamentali" di alcuni diritti: da tale riconoscimento peraltro, come si è detto, non discende alcuna conseguenza.

Tuttavia, anche se alla luce di quanto esposto non può tracciarsi un'esatta corrispondenza tra tutela del consumatore e protezione dei diritti fondamentali della persona, non per questo deve

⁶⁹ Recita l'art. 32, 1° co.: "La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo...". Il bene della salute è tutelato dall'art. 32, 1° co., Cost., "non solo come interesse della collettività ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo" (Corte cost. n. 356 del 1991), che impone piena ed esaustiva tutela (Corte Cost. nn. 307 e 455 del 1990) in quanto "diritto primario e assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati" (Corte Cost. n. 202 del 1991, n. 559 del 1987, n. 184 del 1986, n. 88 del 1979). Nel diritto alla salute, sono ricomprese, secondo la Corte costituzionale, diverse situazioni soggettive: il diritto all'integrità psicofisica, il diritto ai trattamenti sanitari, il diritto ad un ambiente salubre. Cfr. l'art. 2, secondo cui la Repubblica riconosce i diritti inviolabili dell'uomo non solo come singolo ma anche nelle formazioni sociali; secondo l'art. 18 poi "i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente": la Corte costituzionale ha affermato che il diritto di associarsi va tutelato come "diritto inviolabile" nei confronti non solo delle associazioni ma anche delle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost., tra le quali sono comprese anche le formazioni religiose. (Corte Cost. n. 117 del 1979 e 14 del 1973).

⁷⁰ G. ALPA, *I diritti dei consumatori*, Torino, 2010, 206

essere respinta l'affermazione di Alpa secondo cui il consumatore non deve essere considerato come categoria "minimale e negativa"⁷¹. Il consumatore è infatti destinatario nel codice del consumo di alcuni diritti riguardanti soprattutto il suo agire economico e che quindi potremmo definire "economici", ma ciò non esclude che egli al contempo era e rimane persona, e come tale è destinatario di diritti fondamentali. L'essere consumatore infatti non fa di una persona esclusivamente un *homo economicus* privo di altri diritti, ma lo fornisce soltanto di alcuni diritti in più – senza sottrargliene altri – tra l'altro spesso funzionali ad una migliore tutela dei diritti fondamentali: ad esempio il diritto di informarsi e di essere informato è funzionale al diritto alla salute.

Sempre secondo Alpa l'evoluzione del diritto dei consumatori verso un diritto dei «cittadini» incontrerebbe difficoltà e la nozione restrittiva di consumatore accolta in sede comunitaria accentuerebbe queste difficoltà⁷². Riterrei invece vero il contrario: è proprio la limitazione della definizione di consumatore alle sole persone fisiche e l'esclusione rigorosa da tale nozione di un fine professionale o imprenditoriale che, per così dire, nobilita tale nozione, elevando il consumatore a persona, e attribuendo ai diritti economici, se non lo stesso valore rispetto ad altri, per lo meno una dignità tale che ne autorizza il bilanciamento con altri. Del resto è troppa la commistione tra diritti e sarebbe dunque pura retorica ritenere non bilanciabili alcuni diritti (quelli fondamentali) con quelli economici (salva naturalmente l'intangibilità del nucleo essenziale dei primi): non può infatti ad esempio distinguersi tra informazione diretta a tutelare la salute (ingredienti del prodotto) e informazione relativa ai prezzi, in quanto l'etichetta è unitaria e l'ingrediente migliore determina da un lato meno problemi per la salute ma dall'altro anche un prezzo più elevato.

Il 1° comma dell'art. 2 cod. cons., oltre a recare delle enunciazioni di principio, equipara, assicurando un medesimo standard di tutela, le posizioni giuridiche soggettive dei consumatori, a prescindere dal fatto che esse siano qualificate come diritti soggettivi o interessi legittimi o che abbiano natura individuale o collettiva. Lo scopo è soprattutto quello, nell'ottica di realizzare un'uniformità tra le legislazioni dei Paesi appartenenti all'Unione europea, di eliminare la distinzione, propria dell'ordinamento italiano, tra diritto soggettivo e interesse legittimo.

⁷¹ G. ALPA, *Nuove prospettive di tutela dei consumatori*, cit., 245.

⁷² G. ALPA, *Nuove prospettive di tutela dei consumatori*, cit., 250.

Non deve però dimenticarsi la matrice prettamente economica del contesto in cui nasce il consumatore, che è quello della comunità economica europea e che impedisce una completa assimilazione tra persona da un lato e consumatore dall'altro. L'interesse della nascente Comunità *economica* europea si concentra soprattutto sugli interessi economici dei cittadini dell'Unione, sulla tutela della concorrenza (e dunque sull'impedimento di prezzi abusivamente alti a seguito dell'abuso della propria posizione dominante sul mercato), della libera circolazione delle merci, dei servizi, delle persone e dei capitali⁷³.

Peraltro, ha sottolineato la Corte costituzionale (sentenza n. 94 del 2013) che un assetto concorrenziale e competitivo del mercato (e quindi la garanzia di libertà di iniziativa economica di cui al comma 1 dell'art. 41 Cost.) determina effetti positivi anche per i consumatori, in termini di qualità dei prodotti e di riduzione dei prezzi. Solo negli ultimi anni, con il passaggio dapprima alla Comunità europea e poi all'Unione europea, e con l'ampliamento dei compiti di quest'ultima, si è acquisita pienamente la consapevolezza che una effettiva Unione si può realizzare solo attraverso una completa integrazione europea in tutti i campi, mediante una tutela effettiva dei diritti fondamentali, e ciò anche al fine di realizzare una reale integrazione economica.

Non è un caso del resto che, con riferimento a quei diritti del consumatore che sono diritti inviolabili dell'uomo, la definizione di consumatore sia più ampia, non limitandosi più a coloro

⁷³ Ed è in questa prospettiva che negli anni settanta veniva emanata una risoluzione del Consiglio del 14 aprile 1975 riguardante un programma preliminare della Comunità economica europea per una politica di protezione e di informazione del consumatore. Questi i primi tre articoli della Risoluzione, in cui si fa un elenco di diritti fondamentali in buona parte simili a quelli di cui al 2° co. dell'art. 2 del codice del consumo: 1. La Comunità economica europea ribadisce l'interesse per il miglioramento qualitativo delle condizioni di vita dei loro cittadini; 2. Il fatto che nella Comunità allargata esistano esperienze differenziate può favorire il sorgere di nuove idee nel settore della protezione dei consumatori che, assieme alle azioni condotte in tutti gli Stati membri, consentiranno di concepire in modo nuovo lo statuto del consumatore e di ricercare un miglior equilibrio nella protezione dei suoi interessi; 3. Attualmente il consumatore non è più considerato come compratore e utilizzatore di beni e di servizi per il proprio uso personale, familiare o collettivo, ma come individuo interessato ai vari aspetti della vita sociale che possono direttamente o indirettamente danneggiarlo come consumatore. Gli interessi del consumatore possono essere raggruppati in cinque categorie di diritti fondamentali: a) diritto alla protezione della salute e della sicurezza; b) diritto alla tutela degli interessi economici; c) diritto al risarcimento dei danni; d) diritto all'informazione e all'educazione; e) diritto alla rappresentanza (diritto di essere ascoltato). Nell'articolo 3 della Risoluzione vi è dunque un'apertura ad una nozione di consumatore di più ampio respiro rispetto a quella di soggetto che compra ed utilizza i beni. Del resto è breve il passo dal momento economico dell'acquisto del bene a quello ad esempio della salute: il consumatore ha interesse non solo a pagare un prezzo non eccessivo il bene, ma anche a che esso sia di buona qualità, e quindi, fra l'altro, non sia pericoloso per la sua salute. Il momento dell'acquisto di un bene o servizio rimane tuttavia centrale, anche se è innegabile che con l'ampliamento dei compiti dell'Unione europea gli interessi di quest'ultima si siano allargati da quelli economici (che pure, lo si ripete, rimangono centrali) ad altri quali la salute e in genere la tutela dei diritti inviolabili della persona (Risoluzione del Consiglio CEE del 14 aprile 1975).

che agiscono spinti da finalità non professionali, ma finendo per coincidere con tutte le persone umane, le stesse che sono destinatari dei diritti inviolabili (cfr. art. 5 cod. consumo).

Si noti poi che nell'art. 169 (*ex* art. 153) del Trattato del 25.3.1957 sul funzionamento dell'Unione europea è contenuto un elenco di settori che, pur non essendo definiti fondamentali, per il solo fatto di essere contenuti all'interno del Trattato istitutivo dell'Unione europea hanno un'importanza superiore nella gerarchia delle fonti rispetto ai diritti fondamentali contenuti nell'art. 2 cod. cons.: al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, l'Unione contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi. Confrontando tale elencazione con quella dell'art. 2 del codice del consumo, possono ravvisarsi notevoli somiglianze e molte coincidenze: l'unico diritto fondamentale dell'art. 2 del codice del consumo che sembra non avere una corrispondenza con l'art. 169 del Trattato è infatti solo quello relativo al diritto "all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza".

Vi sono dunque diritti fondamentali dei consumatori che sono anche diritti inviolabili dell'uomo; altri che trovano una loro corrispondenza nel Trattato, altri infine che non hanno un riferimento né nella Costituzione né nel Trattato.

Comunque si vogliano collocare i diritti economici nella gerarchia delle fonti, un dato inequivocabile che sembra emerso è che nella tutela del mercato interagiscono interessi i più disparati e che la tutela del mercato è funzionale alla tutela dei diritti fondamentali e spesso si confonde con essi. La tutela del mercato è tutela dell'*homo economicus*, ma non si esaurisce in essa, è la tutela dell'insieme delle attività economiche che possono essere svolte dalle persone fisiche e giuridiche e che possono avere anche conseguenze non economiche (si pensi appunto all'acquisto di generi alimentari pericolosi per la salute dell'uomo).

4. La persona umana nel Codice del consumo.

Si è visto che il concetto giuridico di consumatore è stato introdotto in Italia a partire dagli anni novanta con il recepimento di direttive dell'Unione europea: il codice civile del 1942 infatti non menzionava la parola consumatore. Le varie leggi di attuazione delle direttive europee sono state poi raccolte in una sorta di testo unico, il codice del consumo (d.lgs. 6.9.2005, n. 206).

Non esiste tuttavia un'unica nozione di consumatore all'interno del codice del consumo: accanto ad una definizione più restrittiva ve ne sono infatti altre più ampie, che si estendono fino a comprendere tutte le persone fisiche. Questo impone di riflettere sulla circostanza che la nozione di consumatore non ha necessariamente una accezione di minor rilievo rispetto ai diritti riconosciuti alla persona umana. Al consumatore infatti vengono riconosciuti, accanto a diritti strettamente economici, anche diritti che possono chiaramente essere definiti come "fondamentali", quali ad esempio quello alla salute.

E in effetti, anche in quella che è la principale e più restrittiva definizione di consumatore, egli è tuttavia una "persona": secondo l'art. 3, 1° co., lett. *a*, è infatti consumatore "la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta". Tale norma recepisce l'art. 2 della direttiva del 5 aprile 1993, n. 93/13/CEE, che, in maniera del tutto analoga, definisce consumatore, "qualsiasi persona fisica che agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale", ed è a questa nozione che fanno riferimento le altre disposizioni comunitarie che hanno pure per oggetto il consumatore. Parimenti del tutto simile è la definizione della Convenzione di Bruxelles del 27.9.1968, secondo la quale è consumatore la persona che concluda un contratto per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività professionale.

La definizione di consumatore di cui all'art. 3 del codice del consumo non è quindi l'unica offerta da tale codice, tanto che in essa è contenuta la locuzione "ove non diversamente previsto". Quando infatti vengono in rilievo interessi di rilievo non solo costituzionale ma costituenti addirittura diritti inviolabili della persona quali il diritto alla salute o quando l'asimmetria informativa non potrebbe essere superata neppure dall'imprenditore più attento, è considerato consumatore semplicemente colui che concluda un contratto con il professionista, a prescindere da qualsiasi accertamento relativo al fine per il quale il soggetto compie l'atto. In queste ipotesi infatti la legge continua a chiamare tale soggetto "consumatore", non intendendo però colui che esercita la propria attività per finalità estranee all'attività imprenditoriale, ma facendo semplicemente riferimento al soggetto che "consuma", utilizza il bene, a prescindere dunque dalla eventuale destinazione di quest'ultimo all'esercizio di un'impresa.

Così, in alcuni casi (ad. es. art. 5 cod. cons.) l'esigenza di offrire comunque una tutela all'altro contraente, risponde all'obiettivo di salvaguardare la salute e la sicurezza della collettività,

circostanza che prevale su qualsiasi considerazione sul fine – professionale o meno – che ha spinto il soggetto a compiere l'atto. Qui appunto la *ratio* di tutela del contraente debole sta nel diritto alla salute di cui all'art. 32 della Costituzione, che, per la rilevanza del bene protetto, non può naturalmente che esigere una tutela nei confronti di tutti, nessuno escluso. Trattandosi di diritti soggettivi, la giurisdizione relative alle controversie riguardanti lamentati danni alla salute del consumatore apparterrà poi naturalmente al giudice ordinario (cfr. Corte Cost. n. 224 del 2004).

Rientra nella giurisdizione del giudice ordinario - e non del giudice amministrativo, ai sensi del 14° comma dell'art. 27 del Codice del consumo (come introdotto dal d.lgs. n. 146 del 2007, attuativo della direttiva 2005/29/CE) - la controversia promossa da un consumatore per conseguire, ex art. 2043 c.c., il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale (sotto forma di danno alla salute o danno "esistenziale" dovuto al peggioramento della qualità della vita conseguente allo "stress" ed al turbamento per il rischio del verificarsi di gravi malattie), facendo valere come elemento costitutivo dell'illecito la pubblicità ingannevole del prodotto (nella specie, sigarette del tipo "LIGHT"), recante sulla confezione un'espressione diretta a prospettarlo come meno nocivo⁷⁴.

Sempre la Cassazione ha stabilito che la controversia promossa da un consumatore per conseguire il risarcimento del danno alla salute da alterazione psichica e stress conseguente alla asserita illegittima pubblicizzazione, durante una trasmissione televisiva concernente una partita di calcio, di una rivista sportiva, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario e non dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, giacché essa non è un organo giurisdizionale, ma un'autorità amministrativa, sicché non è configurabile una questione di giurisdizione in relazione ai poteri inibitori ad essa riconosciuti dall'ordinamento⁷⁵.

La salute del consumatore è un valore ritenuto fondamentale anche in altre controversie decise dalla Cassazione⁷⁶ e dalla Corte di Giustizia⁷⁷ e non concernenti la giurisdizione.

⁷⁴ Cass., S.U., 15 gennaio 2009, n. 794, in *Nuova giur. civ. comm.* 2009, I, 776.

⁷⁵ Cass., S.U., 29 agosto 2008, n. 21934, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1395.

⁷⁶ In tema di responsabilità del produttore di prodotti cosmetici, l'art. 7 della legge n. 713 del 1986, che stabilisce che detti prodotti siano fabbricati, manipolati, confezionati e venduti in modo tale da non causare danni per la salute nelle normali condizioni di impiego, non impone che il prodotto debba essere caratterizzato dalla più rigorosa innocuità, nè prevede una ipotesi di responsabilità oggettiva assoluta, legata esclusivamente alla prova del nesso di causalità tra l'utilizzazione del prodotto e il danno alla salute che ne è seguito, atteso che la norma, con il riferimento alle normali condizioni di impiego del prodotto, delimita l'ambito del dovere di cautela del produttore, escludendo la garanzia di sicurezza in presenza di condizioni anomale di impiego. Queste ultime possono dipendere tanto dall'uso

L'art. 5 cod. cons., stabilisce che - ai soli fini dell'applicabilità degli articoli del codice del consumo che vanno dal 5 al 17, relativi alle informazioni relative sui prodotti posti in vendita - per consumatore si intende "anche la persona fisica alla quale sono dirette le informazioni commerciali", ovverosia qualunque persona fisica che ponga in essere un acquisto: ad esempio l'art. 6 prevede che sui prodotti posti in vendita debba essere chiaramente visibile l'indicazione della presenza di sostanze che possano arrecare danni all'uomo.

Ne consegue pertanto che la nozione di consumatore non è ontologicamente incompatibile con quella di persona, ma anzi contribuisce a qualificarla come soggetto portatore di diritti che, a seconda delle concrete attività in cui si esplica il suo agire, può essere considerato, anche nell'ambito di una stessa giornata, come consumatore, come professionista o come soggetto da tutelare a prescindere dal suo *status*. Si pensi ad esempio ad un imprenditore che acquisti un bene per la sua azienda (e verrà considerato professionista); che poi acquisti, sempre nell'esercizio della sua attività imprenditoriale, degli alimenti da destinare all'azienda della propria mensa (e allora verrà considerato consumatore quanto alle indicazioni relative alle qualità del prodotto, ma secondo una definizione che considera tale chiunque acquisti generi alimentari: cfr. art. 5 cod. cons.) e più tardi, messa per un momento da parte la sua attività (che si immagini sia di produzione di scarpe) vada ad acquistare un giocattolo per il figlio (e verrà considerato consumatore ai sensi dell'art. 3 cod. cons., ossia secondo la nozione più restrittiva di consumatore).

non consentito, quanto da anomale circostanze veicolo di danno, quali particolari condizioni di salute in cui versi il consumatore o anche la peculiare reattività immunitaria del suo organismo verso sostanze normalmente innocue: Cass. 15 marzo 2007, n. 6007, *Foro it.*, 2007, I, 2414; la Suprema Corte ha stabilito che la raccolta, il confezionamento e il trasporto di molluschi bivalvi vivi destinati al consumo umano deve avvenire in condizioni di igiene atte a tutelare la salute dei consumatori indipendentemente dalla immediatezza o meno della commercializzazione e fin dal momento della loro produzione negli appositi centri di coltivazione; a tal fine essi devono essere assoggettati immediatamente al controllo veterinario, attestato dall'apposizione del bollo sanitario all'interno del centro di raccolta e trasportati dotati di bollo e con modalità atte a preservarne l'igiene: Cass. 24 aprile 2006, n. 9530; infine secondo Cass. 22 settembre 2015, n. 18701, gli obblighi di tenuta dei registri dei prodotti vitivinicoli, imposti dal Reg. CEE n. 986 del 1989 (successivamente abrogato e sostituito dal Reg. CEE n. 2238 del 1993) sono funzionali a garantire la totale ed integrale autenticità delle operazioni di vinificazione finanziate a livello comunitario, anche in considerazione della loro incidenza sulla salute dei consumatori e delle esigenze di trasparenza nella commercializzazione, sicché, ove il beneficiario, in violazione dei predetti obblighi, ometta di annotare la marcatura dei contenitori utilizzati per le operazioni di arricchimento del vino, e, per l'effetto, esponga, a conclusione dell'operazione, dati e notizie oggettivamente falsi, è tenuto, se non prova l'assenza di elementi intenzionali nel suo comportamento, alla restituzione dell'aiuto ricevuto a norma dell'art. 2 della l. n. 898 del 1986. Analogamente anche Cass. 10 luglio 2014, n. 15824.

⁷⁷ Corte di Giustizia UE, sentenza 27 febbraio 2014, in C-396/12.

Scrivono Alpa che la dimensione costituzionale dei diritti dei consumatori ha ottenuto la sua definitiva consacrazione con l'approvazione della Carta di Nizza nel dicembre 2000⁷⁸. Tra i valori fondanti della Carta trova spazio la dignità umana ma si precisa anche che lo sviluppo sostenibile dell'Europa è basato su di una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi: diritti fondamentali e diritti economici quindi sembrerebbero collocati sullo stesso piano. L'illustre studioso invece aggiunge che occorre distinguere tra le pretese dei consumatori che attengono ai diritti fondamentali e i c.d. "diritti economici", la cui attribuzione si prefigge l'obiettivo di riequilibrare i rapporti di forza nella relazione tra il consumatore e il professionista: i diritti fondamentali sarebbero anteposti, nella gerarchia delle fonti, ai diritti di natura economica. Continua Alpa concludendo che nella graduatoria dei diritti e degli interessi si confermerebbe la distinzione tra diritti che attengono alla persona e interessi che attengono al consumatore.

In tema di pubblicità ingannevole poi (artt. 21 ss. cod. cons.) vi sono delle pronunce della Cassazione che riconoscono la risarcibilità del danno alla salute conseguente ad una scelta del consumatore - dannosa per la sua salute - indotta da una pubblicità ingannevole⁷⁹.

5. La persona umana nel Codice del turismo.

Deve rilevarsi che, come nel Codice del consumo, anche nel Codice del turismo (d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79) turista può essere solo una persona fisica (art. 2), e conseguentemente l'art. 47 riconosce solo a quest'ultimo il cosiddetto danno da vacanza rovinata, che consta anche di una componente non patrimoniale ("*... il turista può chiedere anche un risarcimento del danno correlato al tempo di vacanza inutilmente trascorso ed all'irripetibilità dell'occasione perduta*"). Dalla lettera della legge sembrerebbe tuttavia che non tutte le componenti del danno non patrimoniale da vacanza rovinata possano essere risarcite (ad esempio sicuramente irripetibile è un viaggio di nozze, ma non altrettanto certa è l'irripetibilità di un viaggio per una giovane coppia già sposata da qualche anno), ma la Cassazione interpreta la norma in senso estensivo, alla luce di

⁷⁸ G. ALPA, *Nuove prospettive di tutela dei consumatori*, cit., 241

⁷⁹ Ad esempio, in materia di danni da "fumo attivo", l'apposizione sui pacchetti di sigarette della dicitura "*lights*" costituisce pubblicità ingannevole, come tale idonea ad integrare un elemento costitutivo della responsabilità aquiliana, ovvero idoneo a produrre la lesione di una posizione giuridica altrui, ritenuta meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, in quanto tale indicazione può indurre il consumatore a ritenere erroneamente che quel determinato prodotto sia meno dannoso per la salute rispetto ad altri, e ciò a prescindere dalla sussistenza di un esplicito divieto di utilizzazione di tale dicitura: Cass. 4 luglio 2007, n. 15131.

tutta la legislazione di settore come interpretata dalla Corte di Giustizia⁸⁰, e riconosce senza distinguo al turista la risarcibilità del danno non patrimoniale, purché il danno superi una soglia minima di tollerabilità⁸¹.

In riferimento al diritto alla vacanza contrattualmente pattuita la necessità della gravità della lesione dell'interesse e il superamento di una soglia minima di tollerabilità, trova fondamento nella sempre più accentuata valorizzazione della regola di correttezza e buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, che accompagna il contratto in ogni sua fase⁸²; regola specificativa - nel contesto del rapporto obbligatorio tra soggetti determinati - degli inderogabili doveri di

⁸⁰ La Corte di Giustizia, già nel 2002 (CGCE 12 marzo 2002, n.168), pronunciandosi in via pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 5 della direttiva n. 90/314/CEE, ha affermato che il suddetto articolo "deve essere interpretato nel senso che in linea di principio il consumatore ha diritto al risarcimento del danno morale derivante dall'inadempimento o dalla cattiva esecuzione delle prestazioni fornite in occasione di un viaggio tutto compreso", mettendo in evidenza che nel settore dei viaggi turistici si segnalano spesso "danni diversi da quelli corporali", "al di là dell'indennizzo delle sofferenze fisiche" e che "tutti gli ordinamenti giuridici moderni (riconoscono)...un'importanza sempre maggiore alle vacanze". Alla luce di tale pronuncia, la dottrina e la giurisprudenza di merito, hanno letto le espressioni generiche contenute nel d.lgs. n. 111 del 1995 (artt. 13 e 14) come comprensive anche del danno non patrimoniale. Oggi, in una visione d'insieme, il Codice del turismo (d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79, emanato in attuazione della direttiva 2008/122/CE), prevede espressamente (art. 47) il danno da vacanza rovinata per il caso di inadempimento o inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto turistico. In particolare, si prevede che, qualora l'inadempimento "non sia di scarsa importanza ai sensi dell'art. 1455 c.c., il turista può chiedere, oltre e indipendentemente dalla risoluzione del contratto, un risarcimento del danno correlato al tempo di vacanza inutilmente trascorso ed all'irripetibilità dell'occasione perduta".

⁸¹ Sulla non risarcibilità del danno non patrimoniale di lieve entità cfr. Cass. 25 febbraio 2016, n. 3727, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 426, con nota critica di L. DELLI PRISCOLI, *La non risarcibilità del danno non patrimoniale di lieve entità, anche se derivante da reato*; con specifico riferimento al danno non patrimoniale di lieve entità da vacanza rovinata cfr. Cass. 14 luglio 2015, n. 14663. La prova del danno non patrimoniale da "vacanza rovinata", inteso come disagio psico-fisico conseguente alla mancata realizzazione, in tutto o in parte, della vacanza programmata, è validamente fornita dal viaggiatore mediante dimostrazione dell'inadempimento del contratto di pacchetto turistico, non potendo formare oggetto di prova diretta gli stati psichici dell'attore, desumibili, peraltro, dalla mancata realizzazione della "finalità turistica" (che qualifica il contratto) e dalla concreta regolamentazione contrattuale delle attività e dei servizi prestati, essenziali alla realizzazione dello scopo vacanziero. Il fondamento del danno non patrimoniale da vacanza rovinata va individuato "non nella generale previsione dell'art. 2 Cost., ma proprio nella cosiddetta vacanza rovinata come legislativamente disciplinata" (Cass. 4 marzo 2010, n. 5189). In seguito (Cass. 20 marzo 2012, n. 4372) ha cassato una decisione che lo aveva negato, affermando che la risarcibilità di tale danno "è prevista dalla legge, oltre che costantemente predicata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea". In effetti, la legislazione di settore concernente i "pacchetti turistici", emanata in attuazione della normativa comunitaria di tutela del consumatore, nell'ambito dell'obiettivo dell'avvicinamento delle legislazioni degli Stati membri della Comunità Europea, come interpretata dalla Corte di Giustizia CE, ha reso rilevante l'interesse del turista al pieno godimento del viaggio organizzato, come occasione di piacere o riposo, prevedendo il risarcimento dei pregiudizi non patrimoniali (disagio psicofisico che si accompagna alla mancata realizzazione in tutto o in parte della vacanza programmata) subiti per effetto dell'inadempimento contrattuale.

⁸² Cfr. ad es. Cass., S.U., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Foro it.*, 2008, I, 1514

solidarietà, di cui all'art. 2 Cost., e la cui violazione può essere indice rivelatore dell'abuso del diritto, nella elaborazione teorica e giurisprudenziale⁸³.

Nel 2012 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 15, 1° co., del d.lgs. n. 111 del 1995, nella parte in cui ha fissato un limite all'obbligo risarcitorio per danni alla persona, attraverso il richiamo della Convenzione di Bruxelles (CCV), limite non prefigurato dalla legge delega. La disposizione censurata sarebbe stata infatti adottata in difformità dei principi e criteri direttivi contenuti nell'art. 24 della legge delega 22.2.1994, n. 146, la quale, delegando l'attuazione della direttiva del Consiglio 90/314/CEE concernente i «Viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso"», aveva indicato fra i principi e criteri direttivi quello secondo cui il legislatore delegato, nel disciplinare il contratto di pacchetto turistico, avrebbe dovuto tenere conto delle disposizioni più favorevoli contenute nella legge n. 1084 del 1977. In particolare l'art. 24 della legge delega aveva previsto che solo il risarcimento dei danni diversi dal danno alla persona, derivanti da inadempimento o cattiva esecuzione delle prestazioni, avrebbe potuto essere oggetto di limitazioni. La disposizione censurata, pertanto, ha violato gli artt. 76 e 77 Cost. per difetto di delega.

L'art. 15 del d.lgs. n. 111 del 1995 si inserisce nel contesto di un'evoluzione normativa del modello contrattuale con finalità turistica. In particolare, con riferimento al contratto di viaggio e di intermediario di viaggio, la «Convenzione internazionale relativa al contratto di viaggio» (d'ora in poi CCV), firmata a Bruxelles il 23 aprile 1970, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge n. 1084 del 1977, recava una disciplina complessa, nella quale ad interventi rivolti agli operatori turistici si affiancavano norme preordinate alla tutela del viaggiatore-consumatore. La CCV, tuttavia, era stata sottoscritta da pochissimi Stati membri dell'Unione europea; ed inoltre risultava non pienamente conforme alle esigenze sociali e contrattuali che si stavano affermando a livello internazionale, orientate non tanto sulla mera intermediazione per il trasporto ed il soggiorno, quanto sulla fornitura dell'insieme di servizi funzionali al viaggio e anche non connessi strettamente ad esso. La disciplina relativa ai "servizi turistici" ed in particolare ai "pacchetti turistici", è stata dapprima inserita nel Codice del consumo), ed in particolare nell'art. 94, nel quale è stato soppresso il riferimento alla Convenzione di Bruxelles, ed il massimale del risarcimento è stato fissato con riferimento alle convenzioni internazionali in materia, di cui sono

⁸³ Cass. 11 maggio 2012, n. 7256.

parte l'Italia o l'Unione europea. Infine, la disciplina di tali contratti è stata stabilita con il decreto legislativo 23.5.2011, n. 79 che, intervenendo in modo organico sulla tematica dei pacchetti turistici e del rapporto contrattuale con il consumatore turista, ha provveduto peraltro all'abrogazione della legge n. 1084 del 1977. In questo contesto, il legislatore delegato, con il citato art. 15 dichiarato illegittimo, aveva stabilito, al 1° co., che "Il danno derivante alla persona dall'inadempimento o dalla inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto turistico è risarcibile nei limiti delle convenzioni internazionali che disciplinano la materia, di cui sono parte l'Italia o l'Unione europea...". La *ratio* della delega consisteva nell'assicurare un trattamento più favorevole alla tutela del consumatore, salva l'opportunità di limitare il risarcimento conformemente alle convenzioni in essa richiamate. Ciò va evidentemente inteso nel senso di adottare il medesimo massimale che il diritto uniforme riservava ai vettori delle prestazioni correlate, in modo da evitare che i venditori o gli organizzatori dei viaggi a pacchetto potessero essere tenuti ad un maggior indennizzo. In questo senso, evidentemente nessun profilo di maggior favore potrebbe essere rinvenuto nella CCV, disciplinando questa anche prestazioni non comprese nei tipi di trasporto di cui alle convenzioni internazionali citate nella direttiva, con la conseguenza che una limitazione di responsabilità meno favorevole rispetto alle prestazioni di viaggio-tipo non era giustificabile, non solo perché non prevista dalla direttiva, quanto perché norma chiaramente meno favorevole rispetto al consumatore danneggiato. Tale conclusione risulta, del resto, avvalorata dal dato testuale della lettera c) del più volte citato art. 14 della legge delega, che richiamava espressamente il limite risarcitorio fissato dalla Convenzione di Bruxelles soltanto con riferimento ai danni diversi dal danno alla persona, rispetto ai quali si circoscriveva l'ambito di discrezionalità del delegato. Una tale esegesi, peraltro, evidenzia proprio la coerenza fra il mancato espresso richiamo ai danni alla persona ed il concorrente criterio di delega orientato a conservare soltanto le norme più favorevoli. In altri termini, poiché la scelta legislativa era orientata nel senso di maggior favore per il viaggiatore, in ossequio alle finalità della direttiva 90/314/CEE, correttamente la legge comunitaria del 1993 ha ritenuto di mantenere espressamente solo il limite risarcitorio per i danni alle cose, che pure la direttiva consentiva di ridurre negozialmente nei limiti della ragionevolezza, e di non richiamare l'analogo limite risarcitorio per i danni alle persone⁸⁴.

⁸⁴ Cfr. Corte Cost. 30 marzo 2012, n. 75.

6. Il consumatore non persona fisica e il principio di uguaglianza.

Si è detto che anche in quella che è la principale e più restrittiva definizione di consumatore egli è tuttavia una “persona”. Ci si è peraltro interrogati circa la possibilità di considerare consumatore anche un soggetto che non sia una persona fisica (ad esempio un’associazione non riconosciuta, che acquista un computer per catalogare le informazioni sui propri iscritti). Sia la Corte di Giustizia⁸⁵, che la Cassazione⁸⁶ hanno affermato la tesi negativa, in conformità peraltro al chiaro dato normativo, che considera appunto consumatore esclusivamente “la persona fisica”.

La *ratio* della norma è spiegata da Gabrielli⁸⁷, secondo cui la professionalità degli enti, l’organizzazione per il perseguimento di uno scopo, costituisce di per sé fattore impeditivo o quantomeno fortemente riduttivo del deficit informativo nell’atto di consumo; si veda anche FICI, *Corr. Giur.*, 2002, 1629, che pure sottolinea l’agire necessariamente professionale degli enti. In effetti gli amministratori o in genere coloro che assumono la gestione degli enti hanno sempre una responsabilità nei confronti dell’ente e un dovere, ex art. 1176, 2° co., c.c., di agire professionalmente, quand’anche si tratti di associazioni non riconosciute o di comitati (cfr. artt. 36 ss. c.c.), come tali non dotati di personalità giuridica, e il solo fatto di aver posto in essere un’organizzazione, dotata di una sua soggettività giuridica, crea inevitabilmente un affidamento nei confronti dei terzi circa l’esercizio della propria attività con professionalità. Del resto anche le associazioni non profit non possono essere considerate consumatori perché agiscono pur sempre per uno scopo professionale, poco importa se non di lucro (e non a caso infatti nella definizione di cui all’art. 3 cod. cons. si parla di “scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta”, comprendendosi dunque sia lo scopo imprenditoriale o di lucro che quello professionale). Ad esempio anche lo scopo di beneficenza, per il solo fatto di essere stato inserito nell’atto costitutivo e per aver determinato la creazione di un’associazione diviene un fine professionale. Peraltro, l’art. 2247 c.c., che definisce le società, non pone tra i requisiti la professionalità, dandolo per scontato: si ritiene infatti che la società

⁸⁵ Cfr. Corte Giust. UE, 22 novembre 2001, causa C- 541/99 e C-542/99, in *Giur. It.*, 2002, 543

⁸⁶ In tema di contratti del consumatore, ai fini della identificazione del soggetto legittimato ad avvalersi della “tutela forte” di cui alla disciplina del Codice del consumo, approvato con il d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, la qualifica di “consumatore” spetta solo alle persone fisiche: Cass. 14 luglio 2011, n. 15531; 23 settembre 2013, n. 21763.

⁸⁷ E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 1181.

possegga tale requisito per il solo fatto di porre in essere istituzionalmente rapporti giuridici con i terzi, in quanto non sarebbe mutata la previsione dell'art. 8 cod. comm. del 1882 che richiedeva, per l'acquisto della qualità di commerciante, l'abitudine per la persona fisica, ma non le società⁸⁸. Non può pertanto condividersi la tesi sostenuta dal Rinaldi⁸⁹, il quale invece riterrebbe opportuna un allargamento della definizione di consumatore anche alle persone giuridiche.

In effetti, anche a voler ammettere di poter individuare un'identità di ratio tra la tutela della persona fisica consumatore e quella che si attenderebbe per l'ente non persona fisica inesperto, non vi sarebbero comunque spazi per un'interpretazione in via analogica, perché mancherebbe un vuoto normativo che la giustifichi. Neppure può tentarsi un'interpretazione estensiva della nozione di persona fisica, trattandosi di un'espressione estremamente chiara, che non pone alcun dubbio interpretativo: *in claris non fit interpretatio*. In ogni caso vale la considerazione per cui non vi è, da parte della giurisprudenza, alcun riferimento ad una presunta maggiore esperienza dell'ente collettivo rispetto alla persona fisica (dato che ben può essere che gli amministratori del primo siano più inesperti di altra persona fisica).

Peraltro due sentenze della Cassazione, le nn. 8604 e 12929 del 2007, hanno realizzato una piena equiparazione della persona giuridica alla persona fisica quanto alla risarcibilità dei danni non patrimoniali derivanti dalla lesione dei diritti della personalità. Tale orientamento è stato anche in seguito confermato dalla Suprema Corte, la quale ha stabilito che l'ente pubblico territoriale, come la persona giuridica e l'ente collettivo in genere, ha titolo al risarcimento del danno non patrimoniale qualora l'altrui inadempimento contrattuale ne leda i diritti immateriali della personalità, compatibili con l'assenza di fisicità e costituzionalmente protetti, quali sono i diritti all'immagine, alla reputazione e all'identità. Tale principio è stato affermato in fattispecie relativa al danno all'immagine cagionato ad un Comune dalla società incaricata di realizzare una tensostruttura per rappresentazioni, la quale aveva consegnato un'opera tanto viziata da costringere l'ente ad annullare la stagione teatrale⁹⁰.

Già in passato erano considerati punti fermi sia la possibilità che una persona giuridica potesse subire danni non patrimoniali sia la risarcibilità degli stessi in caso di loro lesione⁹¹.

⁸⁸ A. GAMBINO, *Impresa e società di persone*, Torino, 2013, 31.

⁸⁹ F. RINALDI, *L'allargamento della nozione di consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 39.

⁹⁰ Cass. 1° ottobre 2013, n. 22396; 22 marzo 2012, n. 4542.

⁹¹ D. VITTORIA, *Il danno non patrimoniale agli enti collettivi*, *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 539.

Tuttavia nella concreta attuazione di tale ultimo principio si rinvenivano talune incertezze, dovuti all'apparente contraddizione derivante dal risarcimento di danni non patrimoniali ad un soggetto non persona fisica e che addirittura, nel caso delle società, è istituzionalmente destinato al perseguimento di un fine di lucro.

Il panorama, a livello di teoria generale, è piuttosto confuso, e attraversato dalla convergenza di complicazioni teorico-dogmatiche da una parte, e tensioni ideologiche ed emotive dall'altra; complicazioni e tensioni che però non sempre sono esplicitamente risolte nelle motivazioni delle sentenze⁹².

Il fatto che la società commerciale sia un ente funzionalizzato allo scopo di lucro limita il rilievo della loro soggettività quanto alla risarcibilità dei danni non patrimoniali⁹³.

Peraltro, in tema di danni in caso di lesioni all'onore e alla reputazione sembra regnare ancora confusione in giurisprudenza, confusione peraltro non rilevata dalla dottrina. Nonostante infatti sia apparentemente pacifico che la lesione dei diritti della personalità dia sempre luogo a danni non patrimoniali⁹⁴ e solo eventualmente possa provocare anche danni patrimoniali (nell'ipotesi in cui il soggetto danneggiato svolga un'attività lavorativa: ovverosia sia ad esempio un imprenditore) si leggono delle sentenze in cui si afferma che il protesto cambiario, conferendo pubblicità all'insolvenza del debitore, non è destinato ad assumere rilevanza soltanto in un'ottica commerciale/imprenditoriale, ma si risolve in una più complessa vicenda – di indubitabile discredito – tanto personale quanto patrimoniale, così che, ove illegittimamente sollevato, esso deve ritenersi idoneo a provocare “un danno patrimoniale” “sotto il profilo della lesione dell'onore e della reputazione del protestato come persona”, al di là e a prescindere dai suoi interessi commerciali⁹⁵.

Si tratta di affermazioni ripetute, mediante l'uso sempre delle stesse parole, anche in altre sentenze della Suprema Corte, senza che sia mai spiegato quale sarebbe questo “danno patrimoniale” ulteriore rispetto agli interessi commerciali e tale da incidere negativamente sull'onore e sulla reputazione del protestato “come persona”. La realtà è che la Cassazione sembra

⁹² G. PINO, *Sul diritto all'identità personale degli enti collettivi*, in *Dir. inf.*, 2001, 480.

⁹³ M. NUZZO, voce “Nome” (Diritto vigente), in *Enc. dir.*, 1978, 310

⁹⁴ Cfr. ad esempio F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, 167, secondo cui i diritti della persona sono diritti a carattere spiccatamente non patrimoniale.

⁹⁵ Cass. 30 agosto 2007, n. 18316.

abbia acriticamente riportato la stessa frase scritta per la prima volta in una sentenza del 1998⁹⁶, quando il danno ai diritti della personalità veniva risarcito *ex art. 2043 c.c.*, una norma fisiologicamente destinata a risarcire i danni patrimoniali e forzatamente all'epoca utilizzata, come si è ricordato, per risarcire anche quelli non patrimoniali. In ogni caso l'imprecisione terminologica sembra evidenziare un retropensiero di permanente ostilità verso la risarcibilità del danno non patrimoniale subito dal soggetto che esercita un'attività imprenditoriale.

Per quanto riguarda poi in particolare la lesione dell'onore, sussiste la difficoltà di immaginare la lesione di un "onore sociale" degli amministratori ogni qualvolta il danno non si riverberi sull'opinione che persone estranee alla società hanno della stessa (cagionando così un danno all'avviamento).

Invero, sembrerebbe che l'equivoco si celi nella tendenza ad ancorare la risarcibilità del danno alla lesione di interessi patrimoniali, così trascurandosi il fondamentale punto di partenza teorico insito nello stesso riconoscimento dei diritti della personalità (e che giurisprudenza e dottrina concordamente riconoscono in virtù del riconoscimento costituzionale degli enti collettivi), ovverosia la natura non patrimoniale del relativo danno in relazione alla lesione di un diritto avente la dignità di diritto fondamentale costituzionalmente riconosciuto, che imporrebbe, di conseguenza, la sua risarcibilità a prescindere dalla prova di un danno economicamente valutabile (analogamente a quanto avviene ad esempio per il danno biologico, che viene risarcito per il solo fatto che esso si è verificato, e in assenza di qualsiasi prova di un danno patrimoniale da parte della persona che lo subisce).

Ha così affermato la Suprema Corte che esiste un diritto soggettivo perfetto alla reputazione personale anche al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge ordinaria, che va inquadrato nel sistema di tutela costituzionale della persona umana, traendo nella Costituzione il suo fondamento normativo, in particolare nell'art. 2 che riconosce i diritti inviolabili della persona e nell'art. 3 che fa riferimento alla dignità sociale⁹⁷.

Quanto poi alla risarcibilità della lesione del diritto ad una ragionevole durata del processo, ai fini della indennizzabilità della sua componente non patrimoniale, solo di recente la

⁹⁶ Cass. 5 novembre 1998 n. 11103, in *Giur. It.*, 1999, 388.

⁹⁷ Cass. 10 maggio 2001, n. 6507, *Resp. Civ. Prev.*, 2001, 1177, con nota di P. ZIVIZ, *I "nuovi danni" secondo la Cassazione*.

giurisprudenza non richiede che i tempi della causa abbiano inciso negativamente su un diritto della personalità delle stesse, ritenendo che la teoria della rappresentanza organica permetta alla società di far proprie le sofferenze e i disagi patiti dai suoi membri⁹⁸.

In tema di equa riparazione per irragionevole durata del processo ai sensi dell'art. 2 della legge 24.3.2001, n. 89, anche per le persone giuridiche il danno non patrimoniale, inteso come danno morale soggettivo correlato a turbamenti di carattere psicologico, è - tenuto conto dell'orientamento in proposito maturato nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo - conseguenza normale, ancorché non automatica e necessaria, della violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, di cui all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, a causa dei disagi e dei turbamenti di carattere psicologico che la lesione di tale diritto solitamente provoca alle persone preposte alla gestione dell'ente o ai suoi membri, e ciò non diversamente da quanto avviene per il danno morale da lunghezza eccessiva del processo subito dagli individui persone fisiche; sicché, pur dovendo escludersi la configurabilità di un danno "*in re ipsa*" - ossia di un danno automaticamente e necessariamente insito nell'accertamento della violazione -, una volta accertata e determinata l'entità della violazione relativa alla durata ragionevole del processo, il giudice deve ritenere tale danno esistente, sempre che non risulti la sussistenza, nel caso concreto, di circostanze particolari che facciano positivamente escludere che tale danno sia stato subito dal ricorrente⁹⁹.

È indubitabile che l'orientamento giurisprudenziale diretto ad ancorare la riparazione dei danni non patrimoniali subiti dalla società alla prova di un danno patrimoniale risente delle teorie che rifiutano una concezione antropomorfa della società: ciò soprattutto per il diritto all'onore e per il diritto ad una ragionevole durata del processo, in cui è necessario che una persona fisica possa rispettivamente recepire un'offesa e soffrire nel corpo o nella psiche per i ritardi del processo.

La concezione antropomorfa della persona giuridica è del diciannovesimo secolo e risale a von Gierke¹⁰⁰, secondo il quale le persone giuridiche sono altrettanti organismi naturali dotati, al pari dell'uomo, di una propria volontà e portatori di un proprio interesse distinto da quello delle

⁹⁸ P. SCHLESINGER, *La risarcibilità delle lesioni alla capacità di funzionamento ed all'immagine dell'ente*, in *Riv. dir. civ.* 2002, 659.

⁹⁹ Cass. 1° dicembre 2011, n. 25730; 4 giugno 2013, n. 13986)

¹⁰⁰ O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung*, Berlino, 1887, 22.

persone fisiche dei componenti. Tale teoria fu sottoposta a molte critiche per l'esasperata accentuazione del parallelismo fra le persone fisiche e gli organismi sociali; tuttavia essa va ricordata perché, benché ormai abbandonata, ha permesso il superamento della teoria della persona giuridica impostata sulla rappresentanza (che comportava che venissero imputati i soli effetti e non già l'intera fattispecie dell'azione del rappresentante, con il che la persona giuridica poteva liberarsi della responsabilità imputandola al comportamento negligente o in mala fede del rappresentante) e ha messo in risalto il concetto di organo quale strumento operativo della persona giuridica¹⁰¹.

Ma è nel 2009 che la Cassazione sembra abbandonare definitivamente il difficile cammino dell'equiparazione dell'ente collettivo alla persona fisica: la pretesa prospettazione al giudice penale, da parte di una compagnia assicuratrice, di sospetti ovvero di fatti potenzialmente idonei a integrare una responsabilità sul piano penale nei confronti della parte che ha chiesto l'indennizzo non determina automaticamente la sussistenza di un danno in capo alla persona giuridica: tali fatti infatti, sono solo potenzialmente produttivi di danno: implicano, cioè, il pericolo dei suoi verificarsi ma non la certezza che lo stesso si sia, in concreto, prodotto e non esonerano quindi l'attore dal fornire la prova delle conseguenze dannose che, in concreto, gli siano derivate. Ove invece il fatto illegittimo abbia dato luogo ad una lesione della reputazione personale (intesa come reputazione che il soggetto gode come persona umana, tra gli altri consociati; altrimenti detta, più propriamente, onore e prestigio), il danno è *in re ipsa*, in quanto si realizza una perdita costituita dalla diminuzione o dalla privazione di un valore (per quanto non patrimoniale) della persona umana alla quale il risarcimento deve essere commisurato¹⁰².

Varia pertanto l'estensione degli oneri probatori a seconda che si versi in ipotesi di lesione di reputazione personale o di reputazione professionale: nel caso affrontato dalla Cassazione, la natura della parte ricorrente, che ha la veste di persona giuridica, comporta che la tutela invocata può trovare spazio sul piano della lesione della reputazione commerciale e della perdita di opportunità, con la conseguenza che la prova del danno deve rispondere a criteri assolutamente rigorosi e circostanziati, soprattutto in relazione alla sussistenza del nesso di causalità tra condotta colposa e danno conseguente sul piano economico.

¹⁰¹ F. DI GIOVANNI, *"Persona giuridica": storia recente di un concetto*, Torino, 2005, 153.

¹⁰² Cass. 18 settembre 2009, n. 20120.

Emerge dunque in ogni caso che l'ente collettivo, pur a seguito di una significativa evoluzione giurisprudenziale che lo ha portato ad erodere una parte significativa della distanza che lo separava dalla persona fisica, è ancora ben lontano da essa. I danni non patrimoniali riconosciuti all'ente collettivo sono infatti sempre filtrati – mediante la teoria della rappresentanza organica - da persone fisiche le quali sole percepiscono un'offesa all'onore, subiscono le lunghezze di un processo, patiscono fastidi e dolori.

Vi sono inoltre diritti fondamentali, quali il diritto alla salute o alla libertà personale, che sono di esclusiva pertinenza della persona fisica.

Altro significativo segnale di distinzione è la continua tentazione della giurisprudenza di confondere, solo per l'ente collettivo e non anche per la persona fisica, i piani del danno non patrimoniale con quello patrimoniale, dal momento che spesso, come si è visto, un danno non patrimoniale quale quello alla reputazione commerciale è valutato facendo riferimento ad un'eventuale perdita dell'avviamento. Si è detto del resto come solo la persona fisica può essere considerata consumatore e come tale quindi destinataria, fra gli altri, di numerosi e significativi diritti fondamentali.

È evidente dunque che l'elemento di discriminazione tra persona fisica e giuridica, che impedisce a quest'ultima di poter essere considerata consumatore, non va cercato in qualcosa di puramente oggettivo e/o economico, ma nella rilevanza in sé dell'essere umano, che per la sua sola esistenza impone una tutela ai massimi livelli e che nel raffronto con l'ente collettivo (che, a differenza della persona umana, non è tutelato dall'art. 2 Cost.) sfugge ad obiezioni fondate su argomentazioni di tipo ugualitario, ma si eleva al punto di giustificare un trattamento migliore e differente in virtù di quel corollario del principio di uguaglianza che è il dovere di trattare in maniera adeguatamente diversa situazioni differenti (si pensi ad esempio alla sentenza n. 85 del 2013 della Corte costituzionale, relativa al caso dell'ILVA di Taranto, sentenza in cui si è affermato che “una disciplina differenziata per situazioni a loro volta differenziate, meritevoli di specifica attenzione da parte del legislatore, non viola il principio di eguaglianza”).

7. Conclusioni.

Valori del mercato e diritti fondamentali entrano spesso in contatto e in conflitto e pertanto richiedono continuamente di essere bilanciati, con il necessario ed inevitabile sacrificio degli uni,

degli altri o parziale di entrambi. È emerso al contempo che le regole del mercato sono sì regole per disciplinarlo, ma al contempo (si pensi all'utilità sociale) possono essere a difesa di diritti fondamentali¹⁰³. Le regole a tutela del mercato e quelle poste a presidio dei diritti fondamentali dunque spesso coincidono, si intersecano di continuo e talvolta riescono a coesistere pacificamente; non si tratta dunque di due compartimenti stagni, di due dimensioni separate e incomunicabili. L'esistenza del mercato è compatibile con i diritti fondamentali, così come il consumatore è nello stesso momento una persona. È possibile pertanto un'interpretazione dell'art. 41 Cost. diretta a contemperare le diverse istanze in esso racchiuse, ossia la tutela della concorrenza, della correttezza e della trasparenza delle operazioni commerciali, nel segno della volontà politica di rimuovere gli ostacoli all'efficienza del mercato, promuovendo però nello stesso tempo l'utilità sociale, e così correggendo con misure appropriate le disparità di potere contrattuale pregiudizievoli alla libertà e alla razionalità delle scelte economiche.

E in effetti la Costituzione italiana mette sì al vertice del sistema l'essere umano, ma inteso non come entità scissa dalla concretezza e storicità delle sue condizioni di vita, bensì colta e compresa nel suo radicamento sociale, nella pluralità e varietà dei suoi bisogni e interessi, nella molteplicità e varietà delle sue manifestazioni attive fra le quali il mercato ricopre un ruolo ed un'importanza fondamentali, tanto da potersi considerare una di quelle "formazioni sociali" in cui, secondo l'art. 2 Cost., si svolge la personalità dell'uomo¹⁰⁴.

Appare tuttavia un vuoto esercizio di retorica sostenere che i diritti fondamentali si pongono su un piano superiore e non comunicante rispetto ai diritti del mercato e che non possano mai essere sacrificati a favore di altri valori; tale atteggiamento potrebbe anzi essere non solo infruttuoso ma anche rischioso, qualora, facendosi forza di questa affermazione, si comprimera lo spazio dei diritti dell'uomo a favore del mercato con il pretesto che tanto si tratta di mondi che non possono interferire tra di loro (cfr. la citata sentenza n. 85 del 2013 della Corte costituzionale, che, in nome del diritto al lavoro e del diritto di iniziativa economica riconosce la possibilità di comprimere il diritto alla salute e all'ambiente). Sembra invece assai più proficuo prendere atto della reciproca interferenza fra gli stessi e concentrarsi sul procedimento più appropriato per

¹⁰³ L. DELLI PRISCOLI, *Mercato e diritti fondamentali*, Torino, 2011, 312.

¹⁰⁴ V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio "personalista" in Italia e nell'Unione europea*, 2010, I, 151.

realizzare un bilanciamento tra valori che tenga in dovuto conto la sussistenza dei diritti fondamentali senza al contempo “umiliare”, frustrare eccessivamente i valori del mercato¹⁰⁵, secondo cui la sensibilità dei giuristi ha a lungo collocato il terreno dei diritti fondamentali e quello dello scambio mercantile su piani del tutto paralleli). In questa direzione è fondamentale un uso sapiente delle clausole generali, e in particolare della ragionevolezza¹⁰⁶, pur nella consapevolezza degli inevitabili pericoli di genericità e arbitrarietà che esse comportano¹⁰⁷. Per ridurre tali rischi risulterebbe fondamentale innanzitutto poter fare affidamento su giudici altamente specializzati in materie economiche e procedere al bilanciamento dei diritti fondamentali tenendo conto, a livello macroeconomico, della dimensione collettiva degli interessi coinvolti: quanto più alto sarà il numero delle persone coinvolte dai sacrifici richiesti dalle esigenze del mercato (ad es. l'inquinamento prodotto da una nuova industria, l'aumento dei prezzi determinato da un'intesa anticoncorrenziale) tanto più energica dovrà essere la reazione dell'ordinamento nel riaffermare le esigenze della collettività valorizzando al massimo l'utilità sociale, che può essere considerata l'anello di collegamento tra diritti fondamentali e mercato. A livello microeconomico dovrà poi considerarsi che i diritti fondamentali vivono (anche) nel mercato (che si è detto essere una delle formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'uomo) e devono quindi adattarsi alle sue caratteristiche. Non può dunque non tenersi conto sia dell'evidenziato processo di oggettivazione che ha attraversato il mercato (si pensi all'istituto dell'abuso del diritto, all'inversione dell'onere della prova nella valutazione della responsabilità del professionista medico, al rifiuto dei danni punitivi nella *class action*), sia della persistente rilevanza della persona fisica sul mercato rispetto all'ente collettivo (si pensi alla definizione di consumatore e al diverso trattamento riservato in sede di risarcimento dei danni non patrimoniali a persona fisica e ente collettivo). Il principio di solidarietà economica e sociale di cui all'art. 2 Cost. dovrà dunque tenere presente quello che è uno dei corollari del principio di uguaglianza, ossia il principio secondo cui devono essere trattate in maniera adeguatamente diseguale situazioni diseguali. Pertanto, da una parte il giudice dovrà procedere alla correzione del contratto eventualmente squilibrato non mediante sue personali e incontrollabili concezioni dell'equità

¹⁰⁵ N. LIPARI, *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, Riv. trim. dir. proc. civ., 2010, I, 766.

¹⁰⁶ E. DEL PRATO, *Bilanciamento e ragionevolezza*, Riv. dir. civ., 2010, I, 29.

¹⁰⁷ S. RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, Riv. crit. dir. priv., 1987, 718.

bensi prendendo come solido punto di riferimento i valori oggettivamente espressi dal mercato (così ad esempio potrà ridurre secondo equità una clausola penale perché eccessivamente gravosa solo se tale onerosità viene uniformemente riconosciuta nell'ambito del mercato in cui è stata stipulata) e dall'altro dovrà ritenere di intervenire non in tutte le ipotesi di contratto squilibrato (pena altrimenti la mortificazione del principio dell'autonomia contrattuale di cui va rivendicata la persistente attualità) ma solo quando le suddette esigenze di inesperienza o di assenza di alternative lo esigono.

LORENZO DELLI PRISCOLI

La libertà di concorrenza nelle professioni intellettuali

SOMMARIO: 1. CEDU, Carta di Nizza, Costituzione e libertà d'impresa. - 2. Le diverse filosofie della Corte EDU e della Corte di Giustizia. - 3. I diritti fondamentali come argine contro il pericolo di una *deregulation*. - 4. La liberalizzazione delle professioni intellettuali: le difficoltà di un ragionevole bilanciamento tra i diritti fondamentali e i valori del mercato.

1. CEDU, Carta di Nizza, Costituzione e libertà d'impresa.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza), al contrario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), contempla quale diritto fondamentale la libertà d'impresa¹⁰⁸. Tale differenza non è casuale, se si considera che la Carta di Nizza è entrata a far parte a pieno titolo del Diritto dell'Unione europea - a differenza della CEDU¹⁰⁹ - e il diritto dell'Unione europea è tuttora saldamente legato alle sue origini, ossia alla protezione dei diritti della concorrenza e del mercato e delle connesse tradizionali libertà di circolazione delle merci, dei servizi, delle persone e dei capitali. Ciò naturalmente non deve far dimenticare che l'Unione europea ha di recente ampliato il suo ambito di competenze alla protezione dei diritti fondamentali della persona umana, ma questi sono pur sempre tutelati e disciplinati tenendo come punto di

¹⁰⁸ Cfr. l'art. 16 (*Libertà d'impresa*): *È riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali*. Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo quest'ultimo inciso determina la possibilità di una severa e significativa limitazione della libertà d'impresa in nome di una migliore protezione dei diritti fondamentali dell'uomo. Così, ad esempio, riguardo alle incapacità personali connesse allo stato di fallito, con specifico riferimento agli artt. 50 e 143 della legge fallimentare all'epoca vigente, la Corte di Strasburgo (sentenza 23 marzo 2006, Vitiello c. Italia, ric. n. 77962/01), ha ritenuto le disposizioni della legge fallimentare lesive dei diritti della persona, perché incidenti sulla possibilità di sviluppare le relazioni col mondo esteriore e foriere, quindi, di un'ingerenza «non necessaria in una società democratica». La Corte di Strasburgo ha affermato, in particolare, che «a causa della natura automatica dell'iscrizione del nome del fallito nel registro e dell'assenza di una valutazione e di un controllo giurisdizionali sull'applicazione delle incapacità discendenti dalla suddetta iscrizione e del lasso di tempo previsto per ottenere la riabilitazione, l'ingerenza prevista dall'art. 50 della l. fall. nel diritto al rispetto della vita privata dei ricorrenti non è necessaria in una società democratica, ai sensi dell'art. 8, par. 2, della Convenzione».

¹⁰⁹ La CEDU, pur essendo richiamata dall'art. 6, par. 2, del Trattato sull'Unione europea, non ha lo stesso valore del diritto dell'Unione europea perché, come è noto, pur a seguito delle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, più volte confermate dalla Corte costituzionale (cfr. da ultimo la sentenza n. 238 del 2014), si colloca – nella “gerarchia delle fonti” – a metà strada tra gli atti aventi forza di legge e le leggi costituzionali, mentre il diritto dell'Unione europea, a partire dalla sentenza n. 170 del 1984, si colloca addirittura sopra le leggi costituzionali, con il solo limite dei diritti fondamentali.

riferimento una persona che si muove su un mercato, ossia nell'ambito dell'esercizio delle sue libertà economiche¹¹⁰.

La CEDU e la conseguente giurisprudenza della Corte EDU invece sono nate e si sono sviluppate nell'ottica di una tutela dell'essere umano a prescindere dal suo agire economico e non si pongono tanto problemi di bilanciamento dei diritti fondamentali con altri valori quanto della violazione o meno dei diritti fondamentali stessi. E' innegabile però che la sempre più frequente e stretta connessione tra valori del mercato e diritti fondamentali¹¹¹ – lo si vedrà proprio con l'esempio delle liberalizzazioni - rende sempre più ineludibile il problema di un bilanciamento fra gli stessi.

Venendo alla libertà d'impresa nella nostra Costituzione, occorre necessariamente partire dall'art. 41 Cost. (ove pure la libertà d'impresa non è espressamente citata), che è il frutto dell'accordo («compromesso» è la parola che usa Togliatti)¹¹² tra le tre anime presenti in sede di Assemblea Costituente, quella liberale (si pensi a Luigi Einaudi), di cui è espressione il co. 1 (libertà d'iniziativa economica), quella cattolica (si pensi a Alcide De Gasperi), di cui è espressione il co. 2 (l'utilità sociale e i c.d. limiti "negativi" alla libertà d'iniziativa economica), quella comunista/socialista (si pensi a Palmiro Togliatti) di cui è espressione il co. 3 (c.d. limiti "positivi" alla libertà d'iniziativa economica).

¹¹⁰ Tale strumentalità dei diritti fondamentali ai diritti del mercato si coglie fin dal preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ove infatti si legge che l'Unione europea "*cerca di promuovere uno sviluppo equilibrato e sostenibile e assicura la libera circolazione delle persone, dei beni, dei servizi e dei capitali nonché la libertà di stabilimento. A tal fine è necessario, rendendoli più visibili in una Carta, rafforzare la tutela dei diritti fondamentali alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici*".

¹¹¹ Non può infatti ad esempio distinguersi tra informazione diretta a tutelare la salute (ingredienti del prodotto) e informazione relativa ai prezzi, in quanto l'etichetta è unitaria e l'ingrediente migliore determina da un lato meno problemi per la salute ma dall'altro determina anche un prezzo più elevato.

¹¹² Cfr. M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 121, Autrice secondo la quale l'art. 41 Cost. è scaturito da una situazione politica di compromesso e si ispira a due principi tra loro contrapposti e tendenzialmente inconciliabili: il principio della libertà economica privata, che si richiama alle tradizioni individualiste del costituzionalismo liberale, e il principio dell'intervento pubblico nell'economia privata, in cui confluiscono le istanze solidaristiche ed egalarie di cui si fecero portatori il pensiero sociale cattolico e quello marxista; analogamente F. Macioce, *Le liberalizzazioni tra libertà e responsabilità*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 989, il quale aggiunge che «*le liberalizzazioni costituiscono l'occasione per bonificare i mercati da ogni forma di protezionismo e di privilegio e riconsegnare all'individuo nuove opportunità di ingresso nei mercati, reali forme di competizione civile e sicure garanzie per una allocazione virtuosa dei beni e dei meriti personali: una allocazione non distorta che non può non transitare attraverso i percorsi liberali di una uguaglianza sostanziale*».

La scelta dei Costituenti è stata nel senso di considerare l'iniziativa economica come libera¹¹³, ma, al contrario di molte libertà civili, essa non è qualificata come inviolabile (si vedano invece gli artt. 13, 14, 15 Cost., in tema rispettivamente di libertà personale, domicilio, corrispondenza); sono inoltre apprestati vincoli assai più rigidi e penetranti (cfr. co 2 e 3 dell'art. 41 Cost.) di quelli previsti per le libertà civili; infine la Corte costituzionale non ha mai qualificato l'iniziativa economica come diritto fondamentale. Questi dati hanno fornito la base giuridica di quelle ricostruzioni che hanno assegnato alla predetta libertà uno status di libertà "dimidiata", di un rango diverso ed inferiore rispetto alle libertà civili, non configurabile come diritto fondamentale. In effetti, fin dall'inizio, l'art. 41 Cost., soprattutto per quanto riguarda il limite dell'"utilità sociale" ha ricevuto numerose critiche, per la sua formulazione pericolosamente generica, troppo ampia, indeterminata e indeterminabile.

2. Le diverse filosofie della Corte EDU e della Corte di Giustizia.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea (Corte GUE) da un lato, tradizionalmente deputata alla tutela del mercato, e Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) e Corti Supreme nazionali dall'altro, più propense ad avere particolare cura del rispetto dei diritti fondamentali, hanno tuttavia senz'altro avuto negli ultimi anni un forte processo di "avvicinamento".

Per quanto riguarda infatti la Corte GUE, con l'approvazione del Trattato di Lisbona, avvenuta il 1° dicembre 2009, il nuovo art. 6 del Trattato sull'Unione europea afferma che *"L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [c.d. Carta di Nizza]... che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati"*, e quindi i diritti fondamentali entrano a pieno titolo a far parte dei valori che la CGUE è tenuta a far rispettare.

Tuttavia non può dimenticarsi che i diritti fondamentali erano stati in precedenza trascurati (per non dire "dimenticati") dall'Unione europea, che, quando era ancora semplicemente

¹¹³ Sono rare le Costituzioni ottocentesche che contengono un'espressa tutela dell'iniziativa economica privata distinta e autonoma rispetto a quella prevista per la proprietà, prevalendo il modello tradizionale dell'indistinzione o del riconoscimento implicito della libertà economica nella proclamazione del diritto di proprietà: cfr. R. NIRO, *Commento all'art. 41 Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Comm. alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 847.

“Comunità economica europea” rivolgeva i suoi sforzi esclusivamente nella direzione di una integrazione economica, trascurando altri aspetti, quali da un lato un tentativo di creare una reale unione politica e dall’altro uno sforzo di imporre a tutti gli Stati membri il rispetto dei diritti fondamentali.

Solo di recente si è acquisita pienamente la consapevolezza che una Unione dell’Europa effettiva si può realizzare esclusivamente attraverso una integrazione e una cooperazione in tutti i campi, ivi compresi i diritti fondamentali, e ciò tra l’altro anche al fine di realizzare una più soddisfacente integrazione economica. Appare infatti chiaro solo da poco il definitivo superamento della concezione iniziale dell’Unione europea, attenta solo ad una integrazione economica e a far valere il principio di libera circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali.

Per quanto riguarda invece Cassazione e Corte costituzionale, esse hanno negli ultimi anni finalmente pienamente metabolizzato e fatti propri i valori della concorrenza e del mercato (si pensi all’introduzione solo nel 1990 (legge n. 287) di una disciplina *antitrust* nazionale, dell’inserimento per la prima volta nella Costituzione - all’art. 117, co. 2, Cost. - della parola “concorrenza” a seguito della riforma del titolo V nel 2001; alla sentenza della Cassazione a sezioni unite n. 2207 del 2005 che ha per la prima volta riconosciuto al consumatore il diritto al risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale; alle numerose sentenze della Corte costituzionale – da ultimo la n. 178 del 2014 – che hanno ricondotto le misure legislative di liberalizzazione delle attività economiche (comprese le professioni intellettuali) alla materia «tutela della concorrenza»).

D’altro canto, le nostre Corti nazionali e la CEDU hanno sempre avuto ben viva e presente la tutela dei diritti fondamentali - anche se essa ha sicuramente avuto negli ultimi tempi un forte impulso (ad opera della Corte costituzionale e anche proprio della Corte EDU, considerando che la CEDU e la relativa giurisprudenza – hanno avuto una “promozione” nella gerarchia delle fonti a partire dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 della Consulta) - perché tale tutela è profondamente radicata nella nostra Costituzione, che nasce *in primis* a tutela dei diritti inviolabili dell’uomo (art. 2) a seguito degli orrori della seconda guerra mondiale, delle leggi razziali, dei campi di sterminio, e dunque proprio come reazione alla violazione sistematica dei diritti fondamentali che avvenne in quel periodo e alla conseguente completa degradazione e annullamento della dignità della persona

umana¹¹⁴. Parimenti, ormai da tempo acquisita alla nostra cultura giuridica è la c.d. teoria dei controlimiti, che risale alla sentenza della Consulta n. 170 del 1984, innumerevoli volte citata e confermata in seguito dalle nostre Corti nazionali e che pone al vertice del nostro ordinamento i diritti fondamentali, i quali prevalgono anche sul diritto dell'Unione europea (anche se magari tale prevalenza – per ragioni di “galateo internazionale”: cfr. sentenza n. 238 del 2014, secondo cui occorre tenere conto della prospettiva di realizzazione dell'obiettivo del mantenimento di buoni rapporti internazionali, ispirati ai principi di pace e giustizia, in vista dei quali l'Italia consente a limitazioni di sovranità: art. 11 Cost. – non viene completamente esplicitata nelle motivazioni, come nel caso della c.d. sentenza Alitalia n. 270 del 2010, la quale, nel sancire la prevalenza del diritto fondamentale al lavoro sulle norme in tema di concorrenza non solo nazionali ma anche dell'Unione europea (che avrebbero impedito la fusione tra Alitalia e Air One, in quanto tale fusione integrava a tutti gli effetti una concentrazione anticoncorrenziale), non ha dichiarato l'incostituzionalità di alcuna norma europea. Tale principio è stato ribadito da ultimo dalla sentenza n. 238 del 2014, cit., secondo la quale i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscono un limite all'ingresso delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma della Costituzione ed operano quali “controlimiti” all'ingresso delle norme dell'Unione europea.

Non può pertanto dimenticarsi che Corte GUE da un lato e Corte EDU e le nostre Corti nazionali dall'altro, nascendo con funzioni e finalità profondamente distinte, tendono tuttora a muoversi secondo prospettive diverse, in ragione della loro storia, tradizione e formazione culturale, per certi versi opposta.

Nelle nostre Corti nazionali e nella Corte EDU è infatti ancora saldamente al centro delle tutele l'uomo, la persona umana, mentre nella filosofia della Corte GUE riveste tuttora posizione preminente il corretto funzionamento del mercato, anche se nella raggiunta consapevolezza che esso altro non è che un luogo ove agiscono persone umane.

Il rapporto tra tutela della concorrenza e dei diritti fondamentali e la diversità “culturali” tra Corte GUE da un lato e Corte EDU e Corti nazionali dall'altro non sempre tuttavia costituiscono

¹¹⁴ Mentre la Costituzione è del 1948, la CEDU è un trattato internazionale redatto dal Consiglio d'Europa firmato a Roma il 4 novembre 1950 e ratificato dall'Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848.

un problema, e anzi talvolta hanno permesso una reciproca e proficua crescita nei rispettivi ambiti di tutela. Così, ad esempio, in un caso riguardante specificamente l'Italia, la Corte GUE ha evidenziato lo stretto collegamento tra il corretto funzionamento del mercato e dei meccanismi concorrenziali da un lato e la possibilità per i cittadini di usufruire di libertà fondamentali quali quella al pluralismo dell'informazione dall'altro (Corte GUE, 31 gennaio 2008, causa C-380/05). Si è in particolare affermato che il principio della libera prestazione di servizi è lesa da un sistema, come quello italiano, che non consente al titolare di una concessione televisiva di trasmettere e quindi prestare di un servizio a causa della mancata assegnazione delle frequenze da parte delle autorità amministrative nazionali. Conclude la Corte GUE sostenendo che un sistema che limita il numero degli operatori presenti sul mercato e consolida la posizione degli operatori già attivi nel settore delle trasmissioni televisive, senza applicare criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati per la concessione delle autorizzazioni, è un ostacolo alla libera prestazione dei servizi. Coerentemente la Corte costituzionale, con la sentenza n. 206 del 2009, ha evidenziato che principio fondamentale del sistema radiotelevisivo è il pluralismo dei mezzi di comunicazione radiotelevisiva, l'apertura alle diverse opinioni, riconducibili all'art. 21 Cost. Una sentenza della Cassazione su un tema apparentemente banale mostra poi ancora una volta la stretta connessione tra diritti fondamentali della persona e diritti economici e il reciproco vantaggio che si può trarre da una tutela congiunta dei due aspetti: ha stabilito la Suprema Corte (sentenza n. 14602 del 2007) che ai fini dello svolgimento dell'attività di propaganda a scopi commerciali in locali nei quali il consumatore si trovi temporaneamente per ragioni di studio, cura o svago, l'incaricato può accedere a tali luoghi ma è necessario che sia munito del prescritto tesserino di riconoscimento, ai sensi dell'art. 20 del d.lgs. n. 114 del 1998. In mancanza, dell'illecito rispondono tanto l'impresa per conto della quale l'incaricato agisce quanto quest'ultimo. La vendita porta a porta mostra come sia un tutt'uno il diritto economico a non fare scelte di acquisto non adeguatamente ponderate e il diritto alla propria *privacy*, a non essere disturbati.

Le regole a tutela del mercato e quelle poste a presidio dei diritti fondamentali dunque spesso coincidono, si intersecano di continuo e talvolta riescono a coesistere pacificamente; non si tratta dunque di due compartimenti stagni, di due dimensioni separate e incomunicabili. L'esistenza del mercato è compatibile con i diritti fondamentali, così come il consumatore è nello stesso momento una persona. In effetti la Costituzione italiana mette sì al vertice del sistema

l'essere umano, ma inteso non come entità scissa dalla concretezza e storicità delle sue condizioni di vita, bensì colta e compresa nel suo radicamento sociale, nella pluralità e varietà dei suoi bisogni e interessi, nella molteplicità e varietà delle sue manifestazioni attive fra le quali il mercato ricopre un ruolo ed un'importanza fondamentali, tanto da potersi considerare una di quelle «formazioni sociali» in cui, secondo l'art. 2 Cost., si svolge la personalità dell'uomo.

3. I diritti fondamentali quale argine contro il pericolo di una *deregulation*.

Nell'uso corrente “diritti umani”, “diritti inviolabili” e “diritti fondamentali” sono termini utilizzati in modo promiscuo ed equivalente, e, in prima approssimazione, stanno ad indicare quei diritti che dovrebbero essere riconosciuti ad ogni individuo in quanto tale (l'art. 2 Cost. attribuisce infatti i diritti inviolabili all'uomo e non al cittadino). Il riconoscimento dei diritti inviolabili è uno degli elementi caratterizzanti lo Stato di diritto; essi trovano la loro tutela nella “rigidità” della Costituzione e nel controllo di costituzionalità delle leggi affidato alla Corte costituzionale; inoltre anche tali diritti hanno bisogno di un passaggio “positivistico” in quanto non sono il frutto di giusnaturalistiche deduzioni razionali e quindi non sono fissati per sempre una volta per tutti.

Quando però si vuole passare da affermazioni generiche e di principio a proposizioni più puntuali ci si scontra con delle gravi difficoltà: la collocazione dei diritti fondamentali nella gerarchia delle fonti; la mancata elencazione di essi una volta per tutte da parte della Corte costituzionale; l'inevitabile necessità di dover comunque “bilanciare” tale diritti con altri costituzionalmente riconosciuti e dunque l'ammissione – mai esplicita – che tali diritti sono, nella sostanza “violabili”.

E in effetti la Costituzione italiana mette sì al vertice del sistema l'essere umano, ma inteso non come entità scissa dalla concretezza e storicità delle sue condizioni di vita, bensì colta e compresa nel suo radicamento sociale, nella pluralità e varietà dei suoi bisogni e interessi, nella molteplicità e varietà delle sue manifestazioni attive fra le quali il mercato ricopre un ruolo ed un'importanza fondamentali, tanto da potersi considerare una di quelle «formazioni sociali» in cui, secondo l'art. 2 Cost., si svolge la personalità dell'uomo.

Nel ventesimo secolo la Corte costituzionale parla di utilità sociale a proposito di salute, ambiente, lavoro, autonomia contrattuale, proprietà: essa è un concetto che racchiude altresì la tutela di «diritti sociali», «ritenuti di fondamentale importanza sul piano della dignità umana»,

quali quello all'abitazione (cfr. in questo senso la citata giurisprudenza costituzionale in tema di condono edilizio), il diritto al lavoro (cfr. sentenza 200 del 2012 e n. 270 del 2010, 50 del 2005: quest'ultima parla di «diritto sociale al lavoro»), il diritto allo studio (sentenza n. 219 del 2002). Si tratta a ben vedere più che di diritti soggettivi, ossia della singola persona, di interessi della collettività considerata nel suo insieme e che per essere concretamente realizzati hanno bisogno di molto denaro, che molto spesso però lo Stato non ha o non si può permettere. Ecco dunque che l'utilità sociale ritorna per ricordare che nel necessario e inevitabilmente "crudele" bilanciamento tra esigenze dei singoli (a pagare meno imposte possibili) e diritti della collettività, questi ultimi non possono passare in secondo piano.

L'utilità sociale appare dunque lo strumento che consente una protezione dei diritti fondamentali in una fase per così dire collettiva della loro esistenza, quando cioè sono messi in pericolo non tanto in quanto riferiti a un singolo individuo, ma in un orizzonte più ampio, con riguardo ad una collettività più o meno ampia e definita di persone. Ed in effetti vi sono diritti fondamentali che, senza neppure dover far riferimento all'utilità sociale, vivono in una dimensione individuale e in una collettiva allo stesso tempo. Così, ad esempio, a proposito del diritto fondamentale alla salute di cui all'art. 32 Cost., la sentenza n. 107 del 2012, in tema di vaccinazioni, ha affermato che la salute è al contempo un diritto fondamentale dell'individuo (lato «individuale e soggettivo») e un interesse della intera collettività (lato «sociale e oggettivo»).

Emerge poi un continuo passaggio e rinvio dalla sfera individuale a quella collettiva e viceversa, dai diritti fondamentali all'utilità sociale, dai diritti inviolabili della persona all'interesse della collettività. Il "tramite" tra la sfera individuale e quella collettiva dei diritti, il metro per decidere in merito a come effettuare il necessario bilanciamento di valori, è offerto da due principi fondamentali: quello della solidarietà sociale (oltre agli artt. 41, 42, 43 e 44 Cost., si pensi anche agli artt. della Cost. 2, 3, co. 2, e 53 – progressività dell'imposizione fiscale: cfr. la già citata sentenza n. 107 del 2012 in tema di vaccinazioni e la n. 223 del 2012 sulle retribuzioni dei magistrati) e quello della ragionevolezza (corollario del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.).

Venendo poi al rapporto tra le varie fonti che riconoscono i diritti fondamentali, sembra che ormai sempre meno senso abbia impostare il problema in termini di rapporto di gerarchia tra le fonti: appare infatti che la distinzione tra diritti costituzionalmente riconosciuti, diritti

fondamentali, diritti riconosciuti dalla Carta di Nizza e quindi facenti parte dell'Unione europea e diritti riconosciuti dalla CEDU sia ormai di fatto se non superata comunque sempre meno decisiva, in virtù di una giurisprudenza costituzionale che in presenza di una pluralità di interessi costituzionalmente riconosciuti tende a ragionare in termini non tanto di gerarchia o di rispettive sfere di competenza, quanto di necessario bilanciamento tra gli interessi stessi, pur nella convinzione che esista un nucleo essenziale o irrinunciabile dei diritti fondamentali insuscettibile di essere compresso e nella consapevolezza della sussistenza di una reciproca integrazione fra le fonti, fra le quali tende a prevalere quella che offre una maggiore tutela del diritto fondamentale.

Soprattutto occorre sottolineare che i diritti fondamentali sono sì suscettibili di essere bilanciati con altri valori, ma solo se questo sacrificio sia dettato da esigenze particolarmente meritevoli di tutela – ossia dalla necessità di contemperare tali diritti con altri (tra i quali sicuramente rientrano quelli espressi dal mercato) – e purché non sia mai intaccato il nucleo irrinunciabile (cfr. la sentenza n. 119 del 2012, secondo cui è compito della Corte costituzionale vigilare sul rispetto del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, per cui le esigenze di bilancio possono comprimere il diritto fondamentale alla previdenza di cui all'art. 38, il diritto alla salute di cui all'art. 32, ma non il loro nucleo essenziale), lo “zoccolo duro” dei diritti fondamentali. Seguendo questa impostazione, può ad esempio comprendersi quanto affermato dalla Corte costituzionale in tema di diritto alla salute: esso, nel suo aspetto di pretesa all'erogazione di prestazioni (interesse pretensivo), “non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone”, per altro verso però “le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana” (interesse oppositivo). Questi limiti inderogabili costituiscono dunque la migliore garanzia che le liberalizzazioni non si trasformino in una *deregulation* selvaggia e indiscriminata, irrispettosa dei diritti fondamentali.

4. La liberalizzazione delle professioni intellettuali: le difficoltà di un ragionevole bilanciamento tra i diritti fondamentali e i valori del mercato.

Nel campo della “liberalizzazione” delle professioni intellettuali il rapporto tra tutela della concorrenza e dei diritti fondamentali alla luce della giurisprudenza della Corte GUE e delle Corti nazionali appare assai problematico.

Già l’atteggiamento della disciplina legislativa italiana è profondamente diverso rispetto a quello dell’Unione europea. In Italia il professionista intellettuale gode di una disciplina *ad hoc* (artt. 2229 c.c. ss.) - ben distinta da quella dell’imprenditore (artt. 2082 c.c. ss.) - basata sul principio della personalità della prestazione, sulla sua non fallibilità, sull’assenza di un obbligo di iscrizione del registro delle imprese e di tenuta delle scritture contabili, su di una giurisprudenza che addossa l’onere della prova della non diligenza sul cliente. Eppure non vi è una differenza “ontologica” fra l’attività dell’imprenditore in senso stretto e quella del professionista intellettuale: si pensi infatti all’ipotesi in cui la prestazione intellettuale sia fornita mediante un soggetto (ad esempio il proprietario di una clinica privata) che stipendia e organizza l’attività di professionisti intellettuali (ad esempio i medici che lavorano nella clinica): questi rimane pur sempre un imprenditore; ancora, il farmacista titolare di una farmacia riveste allo stesso tempo il ruolo del professionista intellettuale e dell’imprenditore. La ragione di una disciplina nettamente differenziata nel codice civile del 1942 del professionista intellettuale rispetto all’imprenditore deve invece ricercarsi in una condizione di privilegio che la nostra legge concede - sulla base di un’antica tradizione che risale al Medio Evo e alla nascita delle corporazioni – a coloro che esercitano le cosiddette professioni intellettuali.

Nell’Unione europea invece il professionista intellettuale è assimilato all’imprenditore, tanto che l’art. 3 del codice del consumo, che recepisce una direttiva comunitaria, unifica le due figure nell’unica definizione di professionista, che è colui agisce nell’esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale. Nella concezione più pragmatica, di origine anglosassone, dell’unione europea, professionista intellettuale e imprenditore vanno assimilati perché sono entrambi due soggetti che vendono beni o servizi sul mercato a fini di lucro e come tali vanno assoggettati in condizioni di parità, alle stesse regole di concorrenza (di cui il codice del consumo costituisce una espressione).

Fatta questa premessa, la parola “liberalizzazione” nel nostro ordinamento va intesa, come si è visto, non come una semplice e brutale abolizione di norme (c.d. “*deregulation*”) - che significherebbe disconoscere il limite dell’utilità sociale – ma come una razionalizzazione, un

miglioramento della disciplina precedente. Le liberalizzazioni nel campo delle professioni intellettuali consentono altresì di permettere l'esercizio di un diritto, quello dell'individuo di esprimere la propria personalità mediante l'esercizio di un'attività lavorativa (cfr. artt. 1, 2, 4 e 35 Cost.), che, a differenza di quello alla libertà del diritto di iniziativa economica – che presuppone l'interferenza dell'attività economica con altri valori costituzionali e che quindi è suscettibile di limitazioni anche significative – non può che essere considerato fondamentale.

Tale diritto, nel quadro della nostra Costituzione, non può però che essere bilanciato, con quello della collettività ad avere a che fare con professionisti preparati, principio a sua volta il più delle volte posto a protezione di diritti fondamentali (così, ad esempio, nel caso dell'avvocato a tutela del diritto di difesa, e nel caso del farmacista a tutela del diritto alla salute).

Qui di seguito però si propongono due esempi – riguardanti proprio il primo l'avvocato e il secondo il farmacista - in cui questo bilanciamento non appare effettuato con equilibrio, probabilmente proprio a causa della diversa formazione culturale della Corte GUE rispetto alle nostre Corti nazionali.

Per quanto riguarda l'avvocato, secondo la Cassazione a sezioni unite¹¹⁵, in base alla normativa comunitaria concernente il reciproco riconoscimento dei titoli abilitanti all'esercizio di una professione, il soggetto munito di un titolo equivalente a quello di avvocato conseguito in un Paese membro dell'Unione europea (nella specie, la Spagna), qualora voglia esercitare la professione in Italia, ha diritto ad essere iscritto nell'albo ordinario con il titolo di avvocato, senza necessità di sostenere alcuna prova attitudinale, e ciò in ragione del richiamo al principio della libertà di stabilimento e alle sentenze della Corte GUE 22 dicembre 2010, C-118/09, e 29 gennaio 2009, C-311/06). Pertanto, il soggetto munito di equivalente titolo professionale di altro Paese membro può chiedere l'iscrizione nella Sezione speciale dell'Albo italiano del foro nel quale intende eleggere domicilio professionale in Italia, utilizzando il proprio titolo d'origine (ad es., quello, spagnolo, di «*abogado*») e, al termine di un periodo triennale di effettiva attività in Italia, può chiedere di essere "integrato" con il titolo di avvocato italiano e l'iscrizione all'Albo ordinario. Attraverso tale procedimento l'interessato è dispensato dal sostenere la "prova attitudinale", richiesta a coloro che (avvalendosi del meccanismo di cui alle direttive 89/48/Ce e 05/36/Ce)

¹¹⁵ Cass. Sez. Un., 22 dicembre 2011, n. 28340, in *Corr. giur.*, 2012, p. 653, con nota critica di G. DI FEDERICO, *L'iscrizione all'albo degli avvocati stabiliti: la "via spagnola" e il divieto di abuso del diritto*.

chiedono l'immediato riconoscimento del titolo di origine e l'immediato conseguimento della qualifica di avvocato. In base a tali principi la Cassazione ha riconosciuto l'illegittimità del rifiuto opposto dal Consiglio dell'ordine degli avvocati di Palermo alla domanda di da parte di un italiano *abogado* in Spagna di iscrizione nella Sezione speciale del locale Albo riservata agli Avvocati comunitari stabiliti.

Ancora più recentemente le sezioni unite (Cass. n. 4252 del 2016) hanno confermato questo orientamento di favore per l'avvocato stabilito affermando che in base alla normativa comunitaria volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno stato membro diverso da quello in cui è stata acquisita la qualifica professionale, i nostri consigli dell'ordine non possono chiedere all'avvocato stabilito il possesso del requisito, che pure è previsto dalla legislazione nazionale forense per i "nostri" avvocati, della condotta irreprensibile.

E' evidente dunque che con questa decisione, la Cassazione, adeguandosi acriticamente a quanto deciso dalla Corte GUE, non ha ritenuto (o ha dimenticato) che il principio costituzionale, espresso dal comma 5 dell'art. 33 Cost., secondo cui "è prescritto un esame di Stato... per l'abilitazione all'esercizio *professionale*" è posto a tutela del diritto di difesa del cittadino ex art. 24 Cost., e quindi, assumendo dignità di principio fondamentale, dovrebbe prevalere rispetto ai principi di libera concorrenza e libertà di stabilimento dei lavoratori.

Venendo all'esempio del farmacista, una pronuncia del 2013 della Corte GUE (5 dicembre 2013, cause riunite da C-159/12 a C-161/12) per certi versi di segno opposto rispetto a quella riguardante l'avvocato (perché nel caso del farmacista il diritto fondamentale alla salute prevale sulla concorrenza mentre nel caso dell'avvocato la concorrenza aveva la meglio sul diritto di difesa) ma che lascia ugualmente delle perplessità (perché entrambe le fattispecie avrebbero probabilmente essere dovute decidere in maniera opposta alla luce di un più equilibrato e meno frettoloso bilanciamento di interessi) ha riconosciuto la legittimità della disciplina normativa italiana che impone un numero chiuso alle farmacie. Secondo la CGUE, la concorrenza eccessiva porterebbe il rischio di una diminuzione della qualità dei farmaci e una fuga dei farmacisti dalle zone meno redditizie: *«la normativa italiana è ritenuta perseguire l'obiettivo di garantire alla popolazione un rifornimento di medicinali sicuro e di qualità, il quale rientra nell'obiettivo più generale di tutela della salute. Orbene, dall'articolo 52, paragrafo 1, TFUE risulta che la tutela della salute può giustificare restrizioni alla libertà di stabilimento. L'importanza di tale obiettivo*

è confermata dagli articoli 168, paragrafo 1, TFUE e 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in virtù dei quali, in particolare, nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana..... un regime di pianificazione in forza del quale il numero di farmacie presenti sul territorio è limitato... può rivelarsi indispensabile per colmare eventuali lacune nell'accesso alle prestazioni sanitarie e per evitare una duplicazione nell'apertura delle strutture, in modo che sia garantita un'assistenza medica adeguata alle necessità della popolazione, che copra tutto il territorio e tenga conto delle regioni geograficamente isolate o altrimenti svantaggiate.... così, non è escluso che una facoltà del genere porti ad una concentrazione di farmacie nelle località considerate più redditizie e quindi più attraenti, con il rischio per le farmacie situate in tali località di vedere diminuire la propria clientela e, di conseguenza, di essere private di una parte significativa dei loro introiti, tanto più che le farmacie sono soggette ad una serie di obblighi specifici riguardo alle modalità di gestione della loro attività commerciale. Orbene, una tale perdita di reddito potrebbe causare non soltanto una diminuzione della qualità del servizio che le farmacie forniscono al pubblico, ma anche, se necessario, la chiusura definitiva di talune farmacie, conducendo così ad una situazione di penuria di farmacie in determinate parti del territorio e, pertanto, ad un approvvigionamento inadeguato di medicinali quanto a sicurezza e a qualità, a danno della salute dei cittadini».

La Corte costituzionale, con sentenza n. 216 del 2014, riprendendo e citando in gran parte le motivazioni della CGUE del 5 dicembre 2013, cit., ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 5, co. 1, del d.l. n. 223 del 2006 nella parte in cui non consente alle parafarmacie la vendita di medicinali di fascia C (farmaci utilizzati per patologie di lieve entità) soggetti a prescrizione medica. Aggiunge la Consulta - pur ammettendo che sia il farmacista che il parafarmacista sono due professionisti iscritti all'albo - che fra farmacia e parafarmacia «permangono una serie di significative differenze, tali da rendere la scelta del legislatore non censurabile in termini di ragionevolezza. Si tratta di prendere atto che la totale liberalizzazione della vendita dei farmaci di fascia C verrebbe affidata ad esercizi commerciali che lo stesso legislatore ha voluto assoggettare ad una quantità meno intensa di vincoli e adempimenti. Né può giungersi a diversa conclusione invocando l'art. 41 Cost. e il principio di tutela della concorrenza. A questo riguardo va rilevato che il regime delle farmacie è incluso

nella materia della «tutela della salute»: l'incondizionata liberalizzazione di quella categoria di farmaci inciderebbe sulla distribuzione territoriale delle parafarmacie le quali non essendo inserite in un sistema di pianificazione, potrebbero alterare il sistema stesso, che è posto, prima di tutto, a garanzia della salute dei cittadini».

La Corte costituzionale non sembra però porsi il problema – neppure sotto il profilo più blando di un invito al legislatore - che tali “vincoli e adempimenti” più intensi ben potrebbero allora essere posti a carico anche dei parafarmacisti, così finalmente equiparandoli ai farmacisti e permettendo loro di vendere – a questo punto – tutte le tipologie di medicinali che possono essere dispensate anche dai farmacisti.

In particolare, la Corte GUE e la Corte costituzionale non tengono nel dovuto conto che la legge italiana già impone il prezzo dei farmaci soggetti a prescrizione e detta una severa disciplina riguardante l'apertura delle c.d. farmacie rurali, in modo da garantire una capillare distribuzione delle farmacie su tutto il territorio. Pertanto, una politica seria, rigorosa e coerente di liberalizzazioni, lungi dal porsi in contrasto con i diritti fondamentali o dal doversi intendere come *deregulation*, ossia come semplice abolizione di regole, è in grado al contrario di favorire e valorizzare sia la concorrenza che i diritti fondamentali. Si pensi proprio alla mancata liberalizzazione delle farmacie. E' evidente che il diritto di iniziativa economica, ma prima di tutto il diritto al lavoro del farmacista iscritto all'albo ma non titolare di farmacia, è irragionevolmente sacrificato e mortificato dall'esistenza di un numero chiuso (la c.d. pianta organica) che non sembra trovare altra giustificazione se non l'interesse dei titolari di farmacia al mantenimento di una posizione di oligopolio, a danno del diritto alla salute dell'intera collettività, che non può che essere danneggiata dagli alti prezzi dei farmaci. Come ha osservato la Corte costituzionale, «sotto il profilo funzionale, i farmacisti sono concessionari di un pubblico servizio» (sent. n. 448 del 2006) e tale servizio è «preordinato al fine di assicurare una adeguata distribuzione dei farmaci, costituendo parte della più vasta organizzazione predisposta a tutela della salute» (sent. n. 430 del 2007), tuttavia ciò non sembra debba avere alcuna interferenza con la disciplina anticoncorrenziale, nel senso che non giustifica alcuna deroga della relativa disciplina. Infatti la Corte costituzionale ha affermato (sent. n. 231 del 2012) che il fenomeno della assegnazione di farmacie non costituisce conferimento di impiego nella pubblica amministrazione, giacché le farmacie, nonostante il carattere pubblicistico della loro disciplina, determinato da

esigenze inerenti alla tutela sanitaria, restano imprese private sia pure sottoposte a rigorosi controlli. Le farmacie dunque, in quanto imprese, dovrebbero soggiacere alle regole della concorrenza. Le esigenze di tutela della salute si fermano infatti all'esigenza che non si addivenga ad una concorrenza sul prezzo dei farmaci, che viene già pienamente soddisfatta dalla legge, come afferma anche una delle prime sentenze della Corte costituzionale (la n. 29 del 1957), secondo la quale trattandosi di un servizio di pubblica necessità, è imposto al farmacista l'obbligo di svolgere la sua attività con l'adempimento delle prescrizioni dalle leggi stabilite per questa particolare professione. Tra questi obblighi vi è il divieto, penalmente sanzionato, di vendere al pubblico specialità medicinali a prezzo diverso da quello segnato sull'etichetta, ai sensi dei commi sesto e ottavo dell'art. 125 T.U. delle leggi sanitarie, modificato dalla legge n. 1528 del 1942. Tale norma, nel prescrivere il prezzo d'imperio, persegue lo scopo di tutelare il pubblico sia da eventuali speculazioni, che potrebbero verificarsi in caso di emergenza con la rarefazione dei medicinali; sia da inconvenienti collegati al regime di libera concorrenza, che porterebbe al ribasso dei prezzi e, inevitabilmente, alla preparazione dei medicinali con materie prime meno costose, e perciò, con risultati terapeutici che potrebbero recare nocumento alla salute dei cittadini. Così precisata la *ratio* del precitato art. 125, la norma ivi contenuta non può ricondursi nella sfera dell'art. 41 Cost., che regola rapporti economici e, in modo particolare, la iniziativa economica privata; mentre risponde pienamente alla norma costituzionale di cui all'art. 32, che «tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività». La stessa sentenza riconosce però anche testualmente – senza motivarne la *ratio* - che l'organizzazione del servizio farmaceutico ha creato al farmacista concessionario di una farmacia una posizione di privilegio con l'eliminazione della concorrenza entro determinati limiti demografici e territoriali. Tale affermazione, se poteva forse giustificarsi nel 1957, quando era appena uscita la disciplina antitrust della CEE e la legge antitrust italiana era lontana ancora 33 anni, non può oggi a mio avviso più condividersi.

Si ritiene dunque che il legame tra CGUE da un lato e Corte di cassazione e Corte costituzionale dall'altro debba sempre svolgersi nella piena consapevolezza del patrimonio culturale e giuridico acquisito faticosamente negli anni dalle nostre Corti nazionali, evitando una acritica soggezione alle decisioni dei giudici europei, ma mirando ad un rapporto alla pari e quindi non a senso unico, che imporrebbe sempre una attenta ed equilibrata analisi delle sentenze della CGUE. Solo così il dialogo fra le Corti potrà essere davvero realmente proficuo e condurre quindi sempre ad

un reciproco arricchimento.

In effetti il paradosso, oggi come oggi, è che mentre l'avvocato che non abbia sostenuto l'esame di abilitazione può esercitare liberamente la propria professione, il farmacista che non possieda la relativa licenza non può svolgere l'attività - imprenditoriale e professionale allo stesso tempo - di farmacista, pur se iscritto all'albo e quand'anche, per ipotesi, fosse pacificamente riconosciuto di particolare bravura, ma dovrà limitarsi a compiere l'attività di c.d. "farmacista dipendente", con prospettive di guadagno assai modeste e con l'assoggettamento al potere organizzativo di un suo collega – che ben potrebbe essere molto meno bravo e capace di lui – con evidente disincentivazione dallo svolgimento di tale attività, e con conseguente perdita di una possibile preziosa risorsa per il diritto alla salute della collettività. E' così dunque che l'acquisto della piena consapevolezza dell'esistenza di un diritto fondamentale in capo agli operatori economici a poter svolgere liberamente l'attività che più si desidera non può che contribuire ad innescare un processo circolare virtuoso per cui l'affermazione di tale diritto stimola le liberalizzazioni e queste ultime, contribuendo a creare ricchezza, consentono di destinare maggiori risorse a tutela dei diritti fondamentali. Ecco dunque che il perseguimento delle liberalizzazioni delle professioni intellettuali (ossia la possibilità di far esplicitare a tutti la propria libertà di iniziativa economica e quindi il garantire una politica di concorrenza rigorosa) non va necessariamente a scapito dell'utilità sociale (ossia dei diritti fondamentali della collettività) ma al contrario, come era nell'idea del Costituente, la rafforza; e il perseguimento dell'utilità sociale, a sua volta, fornisce nuovo vigore ad una politica di liberalizzazioni, da intendersi appunto, non come mera *deregulation* (ossia come brutale abrogazione di norme preesistenti) ma come *razionalizzazione della regolazione* (ossia come eliminazione di tutte e solo quelle norme che impediscano un pieno sviluppo della concorrenza e che non siano poste a presidio di diritti fondamentali).

Deve dunque ritenersi che il legame tra CGUE da un lato e CEDU, Corte di cassazione e Corte costituzionale dall'altro debba sempre svolgersi nella piena consapevolezza del patrimonio culturale e giuridico acquisito faticosamente negli anni a partire dal dopoguerra dalla Corte di Strasburgo e dalle nostre Corti nazionali, evitando una acritica soggezione alle decisioni della Corte di Lussemburgo, ma mirando piuttosto ad un rapporto non a senso unico ma alla pari, che impone sempre una attenta ed equilibrata analisi delle sentenze della CGUE. Solo così il dialogo

fra le Corti potrà essere davvero realmente proficuo e condurre quindi sempre ad un reciproco arricchimento.

PAOLA D'OVIDIO

Legge di Stabilità 2016 e modifiche alla Legge Pinto: durata irragionevole a costi razionali

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Rimedi preventivi all'irragionevole durata del processo: inedite condizioni di ammissibilità per i ricorsi *ex lege* Pinto e dense nubi dal fronte di Strasburgo. - 3. Novità in tema di indennizzo: riduzioni, esclusioni e presunzioni. - 4. La modifica della competenza territoriale. - 5. Le nuove modalità di pagamento. - 6. La più ragionevole durata dei procedimenti *ex lege* n. 89 del 2001 dopo la sentenza della Corte Costituzionale del 19 febbraio 2016, n. 36.

1. Premessa.

Recentemente il legislatore è nuovamente intervenuto sulla legge 24 marzo 2001, n. 89 (c.d. legge Pinto), inserendo nella legge di Stabilità 2016 (legge n. 208 del 28 dicembre 2015) rilevanti novità, tutte esplicitamente ed univocamente ispirate alla finalità di “*razionalizzare i costi conseguenti alla violazione del termine di ragionevole durata dei processi*” (così l'incipit dell'art. 1, comma 777, della citata legge n. 208).

Solo il tempo potrà consentire, all'esito delle periodiche relazioni statistiche concernenti il numero di processi instaurati *ex lege* Pinto ed il relativo peso sulle casse statali, di verificare se tali modifiche risulteranno adeguate allo scopo perseguito, anche se può sin d'ora prevedersi che, almeno nei primi tempi di vigenza della nuova disciplina, si registrerà una effettiva contrazione del debito pubblico, quale verosimile conseguenza delle più severe condizioni di ammissibilità dell'azione e dei ridimensionati criteri di liquidazione degli indennizzi.

E' già un buon risultato, soprattutto in tempi di crisi, ma non ancora appagante: la legge di Stabilità 2016, infatti, non interviene sulla causa ma solo sugli effetti dell'irragionevole durata dei processi, anzi solo su uno tra i suoi molteplici effetti (la spesa pubblica).

Insomma, una “cura” mirata a lenire uno dei sintomi della patologia ma inadeguata alla guarigione e, per di più, potenzialmente foriera di effetti collaterali indesiderati,

profilandosi all'orizzonte sospetti di incostituzionalità ed ennesimi interventi della Corte di Strasburgo: i primi in relazione all'eccessiva compressione dei diritti di difesa, oggi fortemente

limitatati da quei “rimedi preventivi” introdotti *ex novo* nella legge n. 89 del 2001 (art. 1 *ter*), il previo esperimento dei quali costituisce ora condizione di ammissibilità dell’azione di equa riparazione (art. 2, comma 1); i secondi, a loro volta, in ragione della dubbia effettività e sufficienza del rimedio interno, con possibilità di nuove condanne dell’Italia ai sensi dell’art. 41 della CEDU.

Se tale scenario dovesse realizzarsi, i costi dell’irragionevole durata dei processi tornerebbero inevitabilmente a salire e gli effetti della loro “razionalizzazione” *ex lege* n. 208 del 2015 risulterebbero vanificati.

Nonostante le zone d’ombra, la nuova disciplina ha tuttavia il pregio di proporre dei “rimedi preventivi” i quali, se allo stato attuale sembrano tali più per la definizione che li individua che per la loro effettiva capacità di *prevenire* il dilatarsi dei tempi processuali, sono però sintomatici della avvertita necessità di “prevenire piuttosto che curare” le disfunzioni del nostro sistema giudiziario.

Inoltre, la legge di Stabilità 2016 opportunamente prosegue quel processo di “responsabilizzazione” delle parti processuali (e non più solo del giudice e dei suoi ausiliari), già iniziato con le modifiche apportate alla legge Pinto nel 2012¹¹⁶, introducendo, a pena di inammissibilità della domanda di equa riparazione, l’onere a carico delle parti stesse di utilizzare gli strumenti predisposti dal codice di rito o dalle prassi giudiziarie più idonei a velocizzare il

¹¹⁶ L’art. 55 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con la l. 7 agosto 2012 n. 134, aveva, tra l’altro, introdotto, all’art. 2 della legge n. 89 del 2001, il comma 2 *quinquies*, con il quale venivano previsti alcuni casi di esclusione del diritto all’indennizzo, tutti riferiti a varie ipotesi di comportamenti delle parti atte ad introdurre o prolungare ingiustificatamente il giudizio: la legge di Stabilità 2016 ha sostanzialmente confermato tale impostazione, apportandovi alcune modifiche ed ampliamenti. Il testo attuale dell’art. 2, comma 2 *quinquies* stabilisce che:

<Non è riconosciuto alcun indennizzo:

a) in favore della parte che ha agito o resistito in giudizio consapevole dell’infondatezza originaria o sopravvenuta delle proprie domande o difese, anche fuori dei casi di cui all’articolo 96 del codice di procedura civile;
b) nel caso di cui all’articolo 91, primo comma, secondo periodo, del codice di procedura civile;
c) nel caso di cui all’articolo 13, primo comma, primo periodo, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28;
f) in ogni altro caso di abuso dei poteri processuali che abbia determinato una ingiustificata dilazione dei tempi del procedimento.>

Rispetto alla formulazione precedente risultano ora molto più estese le ipotesi di cui alla lettera “a” (che, nel testo introdotto nel 2012, così recitava: “in favore della parte soccombente condannata a norma dell’articolo 96 del codice di procedura civile”) e sono state espunte le ipotesi di cui alle previgenti lettere “d” (relativa al “caso di estinzione del reato per intervenuta prescrizione connessa a condotte dilatorie della parte”) ed “e” (riferita all’ipotesi in cui “l’imputato non ha depositato istanza di accelerazione del processo penale nei trenta giorni successivi al superamento mini cui all’articolo 2-bis”), le quali però sono ora contemplate, con alcuni aggiustamenti, rispettivamente come “presunzione” di insussistenza del pregiudizio (e non più di esclusione *tout court* del diritto all’indennizzo) ai sensi del nuovo comma 2 *sexies* dell’art. 2 e come “rimedio preventivo a pena di inammissibilità” ai sensi dell’art. 1-ter, comma 2.

giudizio, nonché penalizzando, in misura più ampia rispetto al regime previgente, ogni abuso del processo.

Sembra allora di intravedere un “percorso”, pur lento e faticoso, lungo il quale appaiono già presenti i valori ed i principi necessari per raggiungere la meta di una giustizia ordinatamente e tempestivamente amministrata, ossia di un servizio giustizia “ragionevole”.

Certo, le criticità sottese alla legge Pinto sono ancora tante, se non altro perché l’equa riparazione dovrebbe essere una *extrema ratio* alla quale ricorrere nei *rari* casi in cui lo Stato non riesca a rendere un servizio giudiziario tempestivo, e non si vogliono sottacere le numerose perplessità che l’ultimo intervento legislativo innegabilmente suscita sul piano tecnico e pratico, ma si intende valorizzare l’aspetto culturale ad esso sotteso, perché ogni rivoluzione nasce da un fermento di nuove idee in progressiva espansione.

L’analisi dei riflessi processuali e sostanziali conseguenti alle recenti modifiche, quindi, merita di essere condotta ripercorrendo le tappe fondamentali che hanno spinto il legislatore, nel 2001, a varare la legge Pinto, poiché sia la genesi che la faticosa e tortuosa evoluzione di tale normativa implica valori, principi e problemi di ampio respiro, a volte ancora soffocati, ma ricchi di semi dai quali possono germogliare nuove e sempre più concrete modifiche che, poggiando su una rinnovata e diffusa cultura del “giusto processo”, realizzino un *servizio* giustizia davvero efficiente e tempestivo.

In tale prospettiva, merita di essere ricordato che il primo esplicito riconoscimento del diritto alla *ragionevole durata del processo* risale al lontano 1950, anno in cui tale diritto è stato sancito dall’art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà

fondamentali¹¹⁷, adottata dal Consiglio d'Europa e recepita dall'Italia con l. 4 agosto 1955 n. 848¹¹⁸.

L'effettiva tutela veniva (e lo è tutt'oggi) garantita dagli artt. 34 e 35¹¹⁹ della stessa Convenzione, a mente dei quali ogni persona fisica, organizzazione non governativa o gruppo di privati, previo esaurimento delle vie di ricorso interne (se esistenti ed adeguate) e ove non ricorrano determinate condizioni previste a pena di "irricevibilità", può investire la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo al fine di ottenere la condanna dello Stato contraente per i danni derivati dalla violazione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione: si tratta di uno strumento caratterizzato dalla sussidiarietà della giurisdizione della Corte EDU rispetto ai rimedi nazionali, destinato dunque a divenire esperibile solo in caso di mancata ottemperanza, da parte del singolo Stato

¹¹⁷ La norma, intitolata "diritto a un equo processo", al paragrafo 1, recita che "Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

¹¹⁸ Legge 4 agosto 1955, n. 848, Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952.

¹¹⁹ Per agevolare la lettura si riporta il testo degli articoli citati:

Art. 34: Ricorsi individuali – "La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto".

Art. 35: Condizioni di ricevibilità - "1. La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva.

2. La Corte non accoglie alcun ricorso inoltrato sulla base dell'articolo 34, se:

(a) è anonimo; oppure

(b) è essenzialmente identico a uno precedentemente esaminato dalla Corte o già sottoposto a un'altra istanza internazionale d'inchiesta o di risoluzione e non contiene fatti nuovi.

3. La Corte dichiara irricevibile ogni ricorso individuale presentato ai sensi dell'articolo 34 se ritiene che:

(a) il ricorso è incompatibile con le disposizioni della Convenzione o dei suoi Protocolli, manifestamente infondato o abusivo; o

(b) il ricorrente non ha subito alcun pregiudizio importante, salvo che il rispetto dei diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli esiga un esame del ricorso nel merito e a condizione di non rigettare per questo motivo alcun caso che non sia stato debitamente esaminato da un tribunale interno.

4. La Corte respinge ogni ricorso che consideri irricevibile in applicazione del presente articolo. Essa può procedere in tal modo in ogni stato del procedimento".

aderente, all'obbligo assunto con la sottoscrizione della Convenzione di rispettare e tutelare quei diritti, in particolare predisponendo una legislazione domestica idonea a tale scopo¹²⁰.

All'epoca della ratifica della Convenzione da parte dell'Italia, nel nostro ordinamento non esisteva alcun rimedio interno idoneo ad assicurare il rispetto del diritto sancito dall'art. 6 della Convenzione, e tale situazione si è protratta per ben quarantasei anni (sino al 2001, anno di emanazione della legge Pinto), nel corso dei quali numerosissimi sono stati i ricorsi contro l'Italia proposti alla Corte EDU per violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, ed altrettanto numerose sono state le condanne del nostro paese da parte della Corte, con conseguenti aggravii della spesa pubblica per diversi milioni di euro.

A seguito della modifica dell'art. 111 Cost., introdotta dalla legge costituzionale n. 2 del 23 novembre 1999 in tema di "Giusto Processo"¹²¹, il principio della *durata ragionevole* del processo è stato costituzionalizzato¹²², ma si è trattato pur sempre di una norma programmatica, come tale inidonea a dar vita ad un diritto immediatamente tutelabile dinanzi al giudice nazionale, in quanto ha affidato al legislatore il compito di disciplinare il processo in modo da assicurarne la ragionevole durata.

Intanto, i ricorsi contro l'Italia per violazione dell'art. 6 della CEDU continuavano ad "intasare"¹²³ la Corte di Strasburgo, la quale ha ripetutamente stigmatizzato l'incapacità del nostro

¹²⁰ Se il previo esaurimento delle vie di ricorso interno, è condizione di ricevibilità del ricorso alla Corte EDU, ai sensi dell'art. 35 della Convenzione, l'idoneità del diritto interno ad assicurare l'effettiva tutela del diritto costituisce invece oggetto di una valutazione della Corte, che, se negativa, può determinare la condanna dello stato aderente ad una equa riparazione anche ove i rimedi interni siano stati esperiti ma siano risultati insufficienti: ai sensi dell'art. 41 CEDU, infatti, "*Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa*".

¹²¹ L'art 111 Cost., come modificato dalla citata legge n. 2 del 1999, stabilisce infatti che "*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata ...*".

¹²² A ben vedere, il rango costituzionale di tale principio era già desumibile dagli artt. 3 e 24 della Cost., per cui la sua esplicita menzione nel novo testo dell'art. 111 Cost. secondo molti autori, non ha avuto alcuna portata innovativa, considerato che "*dall'art. 24, comma 2° Cost., anche nella sua connessione con l'art. 3, sono ricavabili tutte le garanzie enunciate dalla prima parte del nuovo art. 111*" e che, pertanto, "*non esiste un solo caso in cui, oggi, si dovrebbe dichiarare l'illegittimità di norme ordinarie per violazione di garanzie costituzionali che non si sarebbe potuta (e dovuta) dichiarare prima. Non esistono norme del processo civile legittime prima dell'entrata in vigore della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2 e illegittime dopo*": v, per tutti, S. CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di Civinini e Verardi, Milano, 2001, 13 ss..

¹²³ E' il termine usato dal relatore Follieri nella seduta del Senato del 28.9.2000, come ricordato in motivazione da Cass., Sez. 1, 17 giugno 2004, n. 11350, la quale sottolinea anche che la Corte di Strasburgo, prima della legge n. 89/01, aveva ampiamente censurato le inadempienze dell'Italia, le quali "*riflettono una situazione che perdura, alla*

paese di garantire la ragionevole durata dei processi e di predisporre adeguati rimedi interni, inadempienze che giustificavano il timore di una espulsione dell'Italia dal Consiglio d'Europa¹²⁴.

In tale contesto nasceva la c.d. legge "Pinto" del 24 marzo 2001, n. 89, che ha introdotto nel nostro ordinamento interno un rimedio giurisdizionale contro l'eccessiva durata dei processi, assicurando il diritto ad una equa riparazione dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, subiti dalle parti processuali a causa dell'"irragionevole" protrarsi del giudizio che le ha viste coinvolte.

E' così che il Legislatore italiano ha, finalmente, dato attuazione all'obbligo convenzionale di predisporre strumenti di adeguata tutela domestica, restituendo all'intervento della Corte Europea il ruolo suo proprio di sussidiarietà (e non più di supplenza) rispetto all'intervento interno, con un conseguente effetto deflattivo dei ricorsi pendenti a Strasburgo.

L'adempimento agli obblighi nascenti dalla Convenzione è risultato però solo parziale, come parziale (se non addirittura insussistente) è stato l'adempimento del mandato conferito al Legislatore dall'art. 111 della Cost..

Infatti, la legge Pinto non ha introdotto strumenti per ridurre l'eccessiva durata dei processi¹²⁵, nè è intervenuta sull'organizzazione degli Uffici Giudiziari per migliorarne l'efficienza, ma si è limitata a prevedere specifici rimedi indennitari in caso di violazione del diritto alla ragionevole durata del processo. Tali rimedi, tuttavia, dovrebbero costituire solo una garanzia eventuale e sussidiaria, destinata ad operare nel caso, patologico e non fisiologico, il cui lo Stato non sia riuscito ad attuare un "giusto processo".

A ben vedere, infatti, l'obbligo fondamentale e primario degli Stati aderenti alla Convenzione EDU, chiaramente espresso all'art. 1, è quello di garantire il diritto alla ragionevole durata dei processi, ossia di adottare misure concrete atte a far sì che il danno non si verifichi.

quale non si è ancora rimediato e per la quale i soggetti a giudizio non dispongono di alcuna via di ricorso interna. Tale accumulo di inadempienze è pertanto costitutivo di una prassi incompatibile con la Convenzione (quattro sentenze della Corte in data 28 luglio 1999, su ricorsi di Bottazzi, Di Mauro, Ferrari)".

¹²⁴ La prolungata inadempienza di uno Stato aderente può integrare la violazione dell'art. 3 dello Statuto del Consiglio d'Europa, che obbliga tutti i membri a riconoscere il primato del diritto, nonché la violazione del principio che impone a ciascuna Parte aderente di assicurare ad ogni persona soggetta alla sua giurisdizione il godimento dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; situazione alla quale consegue l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 8 dello Statuto dell'Organizzazione, quali la sospensione del diritto di rappresentanza nel Consiglio d'Europa e il ritiro dal Comitato dei Ministri ovvero l'espulsione dall'organizzazione.

¹²⁵ L'unica modifica di carattere processuale operata dalla l. n. 89 del 2001 è stata la riformulazione dell'art. 375 c.p.c., la quale, in quanto relativa al solo giudizio in Cassazione, appariva sin dagli albori palesemente insufficiente.

La stessa Corte Europea dei diritti dell'uomo¹²⁶ ha sottolineato che “*il miglior rimedio in assoluto è la prevenzione*” e non il risarcimento dei danni, il quale può indurre a provocare deliberatamente ulteriori ritardi per conseguire non più una vittoria (ipotetica) nel processo, ma un titolo (certo) per richiedere il risarcimento per il ritardo¹²⁷.

Gli effetti di una tale soluzione non hanno tardato a palesarsi: 1) sul piano dei rapporti internazionali, la Corte europea¹²⁸ sottolineava che il rimedio c.d. Pinto non aveva affatto rimosso il problema di fondo della lentezza dei processi ed anzi rischiava di intasare ulteriormente gli uffici giudiziari (e specificamente le Corti d'appello), mentre l'*interim resolution* n. 114 del 2005, adottata dal Comitato dei Ministri in relazione a 2.183 casi di denuncia dell'Italia per l'eccessiva durata dei processi, a sua volta evidenziava il fatto che la legge Pinto non solo non introduceva alcuna misura acceleratoria dei procedimenti, ma non costituiva neppure uno strumento sufficientemente idoneo a garantire un effettivo ed efficace ristoro alle “vittime” delle violazioni, tanto che chi aveva esperito vittoriosamente il rimedio interno *ex lege* Pinto, veniva ammesso a richiedere ulteriori somme davanti ai giudici di Strasburgo (*ex art 41 CEDU*: v. *sub* nota 4); 2) sul piano interno, le Corti d'appello non sono state in grado di far fronte alla notevole mole di nuovi ricorsi né di rispettare il termine (quattro mesi) previsto dalla legge per il procedimento (camerale, nella prima formulazione della l. 2001 n. 89), con la conseguenza che si è assistito al fenomeno della c.d. “Pinto sulla Pinto”, cioè alla richiesta di risarcimenti per il ritardo nella definizione non solo della prima causa, ma anche della causa sul ritardo.

Inoltre, i costi sostenuti dallo Stato sono cresciuti in modo esponenziale, tanto che lo stesso Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, ebbe a definirli “*assurdi*” e “*intollerabili*”¹²⁹. In merito, si è registrato un costante aumento, considerato che il costo per le casse dello Stato aveva raggiunto i 118 milioni di euro al 2008 e che nel 2014 il debito complessivo ancora esistente presso le Corti d'appello superava i 456 milioni (di cui 72,5 milioni relativi al 2014, al netto degli

¹²⁶ Cfr. Grande Camera, Scordino c. Italia del 29 marzo 2006, consultabile su www.foroeuropeo.it, con nota di P. Voltaggio, *La Corte di Strasburgo “bacchetta l'Italia” anche dopo la legge Pinto. La decisione del 27 marzo sul caso Scordino riapre l'accesso al ricorso a Strasburgo*.

¹²⁷ Così il Primo Presidente della Corte di Cassazione in occasione della sua Relazione all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2009.

¹²⁸ Emblematica in proposito è la sentenza Scordino c. Italia, cit. *sub* nota 10.

¹²⁹ Le parole del Presidente Napolitano sono state sottolineate dal Primo Presidente della Corte Suprema di Cassazione, Vincenzo Carbone, nel discorso inaugurale dell'Anno Giudiziario tenuto il 29 gennaio 2009, il quale ha a sua volta dedicato un apposito capitolo della sua relazione a “*I gravissimi e assurdi costi della legge-Pinto*”.

interessi). Le Corti d'appello con maggior debito risultavano essere Roma (79 milioni), Lecce (43 milioni), Napoli (42 milioni) e Catanzaro (40 milioni)¹³⁰.

L'insostenibilità di tale situazione ed il continuo confronto aperto con le istituzioni europee al "tavolo di Strasburgo", hanno determinato nel 2012¹³¹ un nuovo intervento del legislatore che ha inciso in modo significativo sulla originaria disciplina della l. n. 89 del 2001, modificandone sia le norme sostanziali che quelle processuali, all'evidente fine di snellire il procedimento per evitare che lo stesso giudizio sull'equa riparazione potesse a sua volta fondare ulteriori richieste di equo indennizzo (cd. Pinto su Pinto) e, correlativamente, di ottenere un risparmio della spesa pubblica.

Tra le novità più rilevanti apportate in quell'occasione ricordiamo: l'introduzione dei limiti temporali entro i quali la durata del processo può considerarsi ragionevole¹³² (tre anni in primo grado, due anni in secondo grado ed un anno per il giudizio di legittimità; tre anni per il procedimento di esecuzione forzata e sei anni per le procedura concorsuali), la fissazione di una misura predeterminata di quantificazione dell'indennizzo¹³³ (individuata in una somma compresa tra i 500 ed i 1.500 euro per ciascun anno o frazione di anno di ritardo), la previsione di casi in cui è escluso l'indennizzo e la completa riscritturazione del procedimento (che si articola ora in due fasi, la prima a cognizione sommaria in assenza di contraddittorio e, la seconda, eventuale, di opposizione).

Le modifiche del 2012, pur molto incisive, non hanno tuttavia sortito un effetto soddisfacente: i tempi del processo sono rimasti "irragionevoli" ed i costi pubblici sono ulteriormente lievitati.

¹³⁰ Dati tratti dal *dossier sulla legge di stabilità 2016 realizzato congiuntamente dai Servizi del Senato e della Camera*.

Relazione della Corte dei conti sul Rendiconto evidenza che

¹³¹ D.L. del 22 giugno 2012 n. 83, "Misure urgenti per la crescita del Paese", convertito con L. 7 agosto 2012 n. 134, entrata in vigore l'11 settembre 2012.

¹³² Nella sua formulazione originaria la legge Pinto non prevedeva tempi fissi, lasciando al giudice la determinazione in concreto della ragionevole durata, avendo riguardo alla specificità del singolo caso ed ai principi elaborati dalla CEDU.

¹³³ Prima della novella del 2012, la legge Pinto non fissava alcun "tariffario" per l'indennizzo ed il giudice nazionale tendeva a recepire la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che indicava quale standard di quantificazione una somma compresa tra 1.000 e 1.500 euro, dalla quale era possibile discostarsi solo dando adeguata motivazione, altrimenti configurandosi una violazione di legge, suscettibile di essere dedotta quale motivo di ricorso in cassazione: Cfr. Cass., Sez. I, 24 gennaio 2007 n. 1605.

Così il legislatore è nuovamente intervenuto sulla legge Pinto con la già ricordata legge di Stabilità 2016, la quale, riassumendo le principali novità, ha introdotto *ex novo* una condizione di ammissibilità della domanda di riparazione del danno, costituita dal necessario previo esperimento di rimedi preventivi alla violazione del termine di ragionevole durata (v. artt. 1-*bis*, 1-*ter* e 2, comma 1, legge Pinto riformata), ha ridotto l'entità dell'indennizzo (art. 2 *bis*, legge Pinto riformata), ha riscritto in modo più puntuale le già previste ipotesi di esclusione dell'indennizzo (v. art. 2, comma 2-*quinquies* legge Pinto riformata), ha introdotto nuove ipotesi di presunzione (sino a prova contraria) di insussistenza del danno (v. art. 2, comma 2-*sexies* e *septies*, legge Pinto riformata) ed ha modificato i criteri di individuazione della competenza territoriale (art. 3, comma 1, legge Pinto riformata); infine, ha disciplinato le modalità di pagamento delle somme liquidate a titolo di equo indennizzo del danno prodotto dalla eccessiva durata dei processi (art. 5-*sexies* legge Pinto riformata).

A ben vedere la citata legge di Stabilità 2016 non sembra avere la forza, e neppure l'ambizione, di costituire uno strumento in grado di incidere sui tempi processuali, e quindi di impedire il verificarsi della violazione del diritto (di portata costituzionale ed europea) alla ragionevole durata del processo, ma proprio il suo prevedibile fallimento potrebbe costituire la spinta propulsiva verso nuovi interventi legislativi, i quali questa volta dovrebbero essere necessariamente di ben più ampio respiro, *razionalmente* indirizzando la spesa pubblica su interventi strutturali (eliminazione delle carenze di organico, potenziamento del sistema informatico, revisione delle modalità di accesso alla professione forense, ecc.) e processuali (snellimento delle procedure, introduzione di strumenti deflattivi delle sopravvenienze, rimeditazione del sistema delle impugnazioni, ecc.) davvero efficaci.

Qualunque novità legislativa, però, potrà portare i suoi frutti solo ove affondi le radici in una nuova "cultura del processo", la quale richiede da parte di tutti i soggetti coinvolti (legislatore, magistratura, avvocatura e cittadini) la consapevolezza dei valori in gioco, l'approfondimento scientifico e critico del concetto di "giusto processo" siccome percepito e disciplinato nel passato e nel presente, nonché la comune e sinergica volontà di sperimentare la via del processo *ragionevole*, che tale non sia solo per la durata ma anche per la qualità delle decisioni e per le ricadute socio-economiche.

In tale prospettiva, l'analisi delle ultime novità normative in tema di equa riparazione per i processi irragionevolmente lunghi assume contorni affascinanti perché, oltre a costituire un doveroso studio dell'attuale regime in materia, impone una riflessione sulla adeguatezza e sufficienza di tale regime e sui nuovi orizzonti ancora da *conquistare*.

2. Rimedi preventivi all'irragionevole durata del processo: inedite condizioni di ammissibilità per i ricorsi *ex lege* Pinto e dense nubi dal fronte di Strasburgo.

Particolare attenzione meritano le innovazioni contenute negli artt. 1-*bis* e 1-*ter*, rispettivamente rubricati "*rimedi all'irragionevole durata del processo*" e "*rimedi preventivi*", entrambi aggiunti *ex novo* alla legge Pinto dalla legge di Stabilità 2016.

Si tratta, come suggerisce la loro definizione normativa, di "strumenti" processuali che la parte *può* utilizzare per prevenire il protrarsi irragionevole del processo, ma che, nello stesso tempo, la medesima parte *deve* utilizzare se intende successivamente chiedere l'equo indennizzo ove i tempi del processo si siano dilatati eccessivamente nonostante il previo esperimento di detti rimedi.

L'attuale disciplina, infatti, da un lato configura come un *diritto* l'esperimento di rimedi preventivi alla violazione della ragionevole durata del processo (nuovo art. 1-*bis*, comma 1), ma nel contempo prevede che il loro effettivo utilizzo nel corso del giudizio "presupposto" si atteggi sostanzialmente quale *onere*, in quanto condiziona l'ammissibilità della successiva domanda di indennizzo (nuovo art. 2, comma 1) riferita ai processi che, alla data del 31 ottobre 2016, non avranno ancora raggiunto una durata irragionevole, né saranno stati assunti in decisione (art. 6 comma 2-*bis*).

I rimedi preventivi rilevanti ai fini della legge Pinto, e quindi costituenti oggi condizione di ammissibilità della domanda fondata su tale legge, sono specificamente individuati dal nuovo art. 1-*ter*, e devono ritenersi tassativi, in considerazione della loro analitica indicazione, così suddivisa:

a) per il *processo civile*, costituisce rimedio preventivo la proposizione del giudizio con *rito sommario di cognizione ex artt. 702-bis e ss. c.p.c.* o la *richiesta di passaggio dal rito ordinario al rito sommario ai sensi dell'art. 183-bis c.p.c.* nonchè, nei casi in cui non si applica il rito sommario, nei quali rientrano anche le cause in grado di appello, la *richiesta di trattazione orale ai*

sensi dell'art. 281-sexies c.p.c., ora resa possibile anche se vi è competenza collegiale del Tribunale (nuovo art. 1-ter, comma 1);

b) per il *processo penale* costituisce rimedio preventivo un'apposita *istanza di accelerazione* che l'imputato e le altre parti del processo penale hanno diritto di depositare, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, almeno sei mesi prima che siano trascorsi i termini di cui all'art. 2, comma 2-*bis* (nuovo art. 1-ter comma 2);

c) per il *processo amministrativo* costituisce rimedio preventivo *l'istanza di prelievo* con la quale la parte segnala l'urgenza del ricorso, prevista dall'art. 71, comma 2, c.p.a., da presentare almeno sei mesi prima che siano trascorsi i termini di cui all'art. 2, comma 2-*bis*; in proposito, merita di essere sottolineato che, con riferimento al giudizio amministrativo, l'istanza di prelievo già costituiva condizione di proponibilità della domanda di equa riparazione ai sensi dell'art. 54, comma 2, della legge 6 agosto 2008 n. 133, come modificato dall'art. 3 comma 23 dell'allegato 4 al c.p.a., applicabile ai giudizi pendenti alla data del 16 settembre 2010, sicchè per tale giudizio l'unica novità introdotta dalla legge di Stabilità del 2016 riguarda il dato temporale entro il quale tale istanza deve essere proposta, e sarà applicabile ai giudizi la cui durata sarà divenuta irragionevole alla data del 31 ottobre 2016 (nuovo art. 6, comma 2-*ter*, della legge Pinto).

d) per il *processo contabile, pensionistico e di cassazione* costituisce rimedio preventivo *un'istanza di accelerazione* presentata, rispettivamente, almeno 6 e 2 mesi prima della scadenza del termine di ragionevole durata (nuovo art. 1-ter commi 4, 5 e 6).

In realtà tali “rimedi” non introducono alcuna significativa novità con riferimento al processo “presupposto” ed alla sua durata, considerato che essi erano già contemplati sia nel codice di rito civile (artt. 702-*bis* e ss. c.p.c., 183-*bis* c.p.c. e 281- *sexies* c.p.c.) che in quello amministrativo (art. 71, comma 2, c.p.a.), mentre, nel processo penale, l'istanza di accelerazione era già disciplinata dal previgente art. 2, comma 2-*quinquies* lett. e) della legge Pinto¹³⁴; quanto all'istanza di accelerazione ora prevista anche per il processo contabile, pensionistico e di cassazione (nei quali essa costituiva già una prassi spesso utilizzata dai difensori per sollecitare la definizione dei giudizi), la stessa (come del resto quella riferita al giudizio penale) non costituisce

¹³⁴ L'omesso deposito dell'istanza di accelerazione per il processo penale, nella previsione di cui al precedente art. 2, comma 2-*quinquies* lett. e), introdotto nella legge Pinto con il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, costituiva causa di esclusione del diritto all'indennizzo: v. sub nota 1.

uno strumento processuale in senso tecnico, ma un semplice *memento* rivolto al giudice in relazione al protrarsi dei tempi processuali.

L'unica vera innovazione riguarda il rito civile, ed in particolare va individuata nell'introduzione della possibilità di decidere anche le cause soggette a riserva di collegialità con la forma della discussione orale ex art. 281-*sexies* c.p.c.¹³⁵, modalità decisoria prima pacificamente riservata ai soli procedimenti davanti al tribunale in composizione monocratica, come si evinceva dalla collocazione della norma nel capo terzo *bis*, della sezione quarta, del secondo libro del codice di rito¹³⁶, dedicato appunto in via esclusiva a tali procedimenti.

E' comunque opportuno segnalare che, sebbene il tenore dell'art. 1-*ter*, comma 1, appaia inequivocabile quanto all'introduzione di una modifica nel codice di procedura civile nel senso di estendere l'applicabilità dell'art. 281-*sexies* anche alle cause di competenza del tribunale in composizione collegiale, qualche perplessità in proposito può sorgere leggendo il testo del disegno di legge concernente la "*Delega al Governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile*", approvato dalla Camera dei deputati il 10 marzo 2016 ed ora all'esame del Senato (n. 2284): all'art. 1, comma 2, lett. a), n. 7, di tale testo si legge infatti che il Governo è delegato ad adottare, "*entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti il riassetto formale e sostanziale del codice di procedura civile e della correlata legislazione speciale, mediante novelle al codice di procedura civile e alle leggi processuali speciali, in funzione degli obiettivi di semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile, nel rispetto della garanzia del contraddittorio e dei seguenti principi e criteri direttivi: 7) estendere la possibilità, anche per le cause di competenza del collegio, delle decisioni di cui all'articolo 281-*sexies* del codice di procedura civile, prevedendo altresì una diversa collocazione sistematica degli articoli 281-*quinquies* e 281-*sexies* nel codice di procedura civile, preferibilmente dopo gli articoli 190 e 190-*bis* del codice medesimo*".

¹³⁵ Tale novità si desume dal tenore dell'ultima parte del comma 1 dell'art. 1-*ter*, introdotto dalla legge di Stabilità 2016, che così dispone: "*Nelle cause in cui il tribunale giudica in composizione collegiale, il giudice istruttore, quando ritiene che la causa può essere decisa a seguito di trattazione orale, a norma dell'art. 281-*sexies* del codice di procedura civile, rimette la causa al collegio fissando l'udienza collegiale per la precisazione delle conclusioni e per la discussione orale*".

¹³⁶ L'art. 281- *sexies* c.p.c. è stato inserito nel codice di rito dall'art. 68 del decreto legislativo del 19 febbraio 1998 n. 51, istitutivo del giudice unico di primo grado

Delle due l'una: o si tratta di una mera *svista* della Camera dei deputati, alla quale è evidentemente sfuggito che, appena due mesi e dieci giorni prima era entrata in vigore una legge che già conteneva la modifica auspicata dal disegno di legge che stava approvando (in relazione alla quale rimane però opportuna la diversa collocazione sistematica delle relative norme, non affrontata nella legge di Stabilità 2016), oppure quella che sembra a tutti gli effetti una innovazione apportata dalla legge di Stabilità tale non è, rimanendo la relativa disposizione, almeno allo stato della legislazione, una scatola vuota. Pur dovendosi propendere per la prima soluzione¹³⁷ non può negarsi che qualche dubbio interpretativo sia legittimo.

In disparte la infelice tecnica legislativa con la quale è stata introdotta (*rectius*: sembra essere stata introdotta) la nuova disposizione processuale di cui si discorre, (inopinatamente inserita in una legge di Stabilità e, per di più, confusa nell'ambito di una più ampia disposizione destinata ad altro scopo), va osservato che la "novità" non sembra comunque apprezzabile sotto il profilo del ridimensionamento dei tempi processuali, considerato che le cause con riserva di collegialità *ex art. 50 bis c.p.c.* si caratterizzano per la loro complessità e delicatezza e, pertanto, mal si conciliano con l'immediatezza e concisione proprie della decisione *ex art. 281-sexies c.p.c.*: è facile prevedere che non saranno pertanto numericamente significativi i casi in cui il giudice istruttore riterrà che la causa possa essere effettivamente decisa con tale modalità.

Sotto altro profilo va notato che, a norma dell'art. 281 *sexies c.p.c.*, la scelta della decisione a seguito di trattazione orale è rimessa esclusivamente al giudice (potendo eventualmente la parte solo chiedere un differimento dell'udienza), ma oggi, a norma del nuovo art. 1-*ter*, comma 1 della legge Pinto, è altresì attribuito alla parte il potere di proporre istanza di decisione *ex art. 281-sexies c.p.c.*, e ciò sia che si tratti di causa attribuita al tribunale in composizione monocratica, sia che si versi in una ipotesi di riserva di collegialità: un potere che, essendo qualificato siccome "rimedio preventivo", è anche un *diritto*, oltre che un *onere* ai fini del successivo giudizio di equa riparazione.

¹³⁷ Invero, affermare che una norma sia priva di concreto contenuto precettivo è davvero l'*extrema ratio*, alla quale l'interprete può ricorrere solo quando i criteri ermeneutici indicati dall'art. 12 delle preleggi al codice civile conducano ad escludere con assoluta certezza ogni possibile significato: tale principio, le cui ragioni fondanti sono di immediata percezione, trova riscontro in un passo della motivazione di Cass., 9 novembre 1981 n. 5927, in *Foro Padano* 1981, I, 187, dove si legge che: "*nell'interpretazione della legge, a meno che il significato letterale sia tale da escludere ogni altro significato, non può attribuirsi al legislatore di aver avuto l'intenzione di porre in essere un testo legislativo privo di contenuto normativo immediato*".

Emerge così uno strano intreccio di facoltà processuali della parte alle quali corrisponde, se ben si comprende la norma, il potere del giudice di non accogliere l'istanza ogni qualvolta ritenga che la controversia non si presti ad essere decisa con tale modalità: ciò si desume, per quanto riguarda i giudizi in cui il tribunale giudica in composizione monocratica, dalla discrezionalità attribuita al giudice dall'art. 281-*sexies* c.p.c. (che non sembra essere stato modificato sul punto dalla legge di Stabilità 2016) e specularmente, per quanto attiene ai giudizi con riserva di collegialità, dall'esplicita facoltà di valutazione all'uopo rimessa, dallo stesso art. 1-*ter*, comma 1, ult. parte, della legge Pinto, al giudice istruttore.

Con riferimento a quest'ultima ipotesi, è singolare, peraltro, che il dettato della nuova disposizione affidi tale facoltà al giudice istruttore e non al collegio, in quanto quest'ultimo sembrerebbe vincolato dalla deliberazione del primo sull'opportunità o meno di decidere la causa a seguito di trattazione orale ex art. 281-*sexies* c.p.c.. Deve tuttavia ritenersi che, nonostante il tenore della norma, non sia precluso al collegio il riesame dell'istanza di remissione della causa al collegio per la decisione a seguito di trattazione orale, atteso che l'ordinanza dell'istruttore che abbia accolto tale richiesta può essere oggetto di nuova deliberazione da parte del collegio ai sensi dell'art. 178, comma 1, c.p.c.: seguendo quest'ultima interpretazione, però, il rimedio preventivo dell'art. 281-*sexies* c.p.c., applicato alle cause soggette a riserva di collegialità, potrebbe costituire un *boomerang*, essendo potenzialmente foriero di dispendio di tempi processuali ogni qualvolta il collegio ritenga di non condividere la valutazione del giudice istruttore; in tal caso, infatti, nella migliore delle ipotesi, il collegio stesso inviterà le parti a precisare le conclusioni dinanzi a sé ed assegnerà i termini di cui all'art. 190 c.p.c. per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica, attività che ben poteva essere fatta dinanzi al giudice istruttore senza impegnare l'intero collegio in un'apposita udienza.

Ancora una peculiarità caratterizza il 281-*sexies* c.p.c. nella versione applicabile alle cause collegiali secondo la nuova disposizione contenuta nell'art. 1-*ter*, comma 1, della legge Pinto: la fissazione dell'udienza collegiale per la decisione è rimessa al giudice istruttore, e non al Presidente, come invece normalmente avviene per tutte le udienze collegiali e, in particolare, per la diversa ipotesi in cui una delle parti richieda che la causa sia discussa oralmente ai sensi

dell'art. 275, comma 2, c.p.c. o, nel giudizio d'appello, dell'art. 352 c.p.c.¹³⁸. Si realizza così una sovrapposizione di attribuzioni nella gestione del ruolo di udienza, con intuibili ripercussioni sulla organizzazione e sull'efficienza.

Al di là delle rispettive specificità, tutti i “rimedi preventivi”, e quindi sia quelli mutuati dalle norme processuali già esistenti che quelli disegnati *ex novo*, hanno due caratteristiche comuni, peraltro entrambe foriere di questioni di incostituzionalità e di possibili contrasti con le norme comunitarie: 1) non sono idonei ad assicurare una riduzione certa dei tempi del processo presupposto; 2) il loro esperimento nel giudizio presupposto costituisce *tout court* condizione di ammissibilità della successiva domanda di equa riparazione *ex lege* Pinto.

La prima caratteristica è insita nella circostanza che l'effettiva applicazione di tutti gli strumenti catalogati dal legislatore nell'art. 1-ter, comma 1 della nuova versione della legge n. 89 del 2001 e la loro incidenza sui tempi processuali dipendono, in ultima analisi, dalla valutazione discrezionale del giudice (così per l'utilizzo del rito sommario, per la trattazione orale ex art. 281-sexies c.p.c., nonché, *a fortiori*, per le istanze di prelievo e di accelerazione).

Ciò si evince non solo dalla disciplina processuale che regola tali strumenti, ma, ancor più chiaramente, dallo stesso articolo 1-ter che ha introdotto nel nostro ordinamento i “rimedi preventivi”, considerato che tale articolo si chiude con un comma (il settimo) a mente del quale “*restano ferme le disposizioni che determinano l'ordine di priorità nella trattazione dei procedimenti*”.

In altri termini, nessuno dei rimedi di cui si discorre, pur se esperito, ha effetti obbligatori per il giudice né offre un sufficiente grado di certezza circa la contrazione dei tempi processuali, circostanza che a sua volta suscita perplessità sulla conformità dei rimedi interni alle norme comunitarie, in particolare con riferimento al principio di effettività e, quindi, di legittimità costituzionale per contrasto con l'art. 117 Cost..

Una perplessità che è molto concreta ed attuale alla luce della recente sentenza della Corte EDU del 25 febbraio 2016 (Olivieri ed altri contro Italia), la quale si è pronunciata con riferimento

¹³⁸ La richiesta di discussione orale ai sensi dei citati articoli 275 e 352 c.p.c., a differenza dell'ipotesi prevista dall'art. 281-sexies c.p.c., non incide sulle modalità della decisione (restando fermi, per le parti, i termini per il deposito delle difese conclusionali ex art. 190 c.p.c., nonché, per il tribunale, le modalità ed i termini per la redazione e pubblicazione della sentenza), ma costituisce solo una facoltà attribuita alle parti che vogliano affiancare, alla trattazione scritta della causa, anche la discussione orale.

alla condizione di ammissibilità della previa proposizione dell'istanza di prelievo, prevista dall'art. 54 della legge n. 133 del 2008 per poter accedere all'equa riparazione *ex lege Pinto* a seguito dell'irragionevole durata di un processo amministrativo.

Il caso esaminato da tale sentenza è emblematico per profetizzare sulla sorte dei “rimedi preventivi” come oggi tipizzati dal nuovo art. 1-ter della legge n. 89 del 2001, considerato che tutti tali rimedi presentano caratteristiche assimilabili, sotto il profilo dell'effettività, all'istanza di prelievo del giudizio amministrativo, la quale può considerarsi un loro *prototipo*, per aver costituito, prima delle innovazioni introdotte dalla legge di Stabilità del 2016, l'unica ipotesi di “rimedio” interno il cui esperimento era previsto a pena di inammissibilità della domanda *ex lege Pinto*.

La vicenda vagliata dalla Corte europea riguarda quattro dipendenti del Comune di Benevento che hanno lamentato la violazione del loro diritto alla ragionevole durata del processo amministrativo dagli stessi instaurati, per ottenere il pagamento di differenze retributive, dinanzi al TAR Campania nel 1990.

I ricorrenti hanno adito il giudice sovranazionale esponendo che, dopo diciotto anni dalla presentazione dei rispettivi ricorsi dinanzi al TAR ed in assenza di fissazione dell'udienza nonostante la reiterata presentazione della relativa istanza, avevano adito la Corte di appello di Napoli, sulla base della legge Pinto, lamentando la durata eccessiva della procedura amministrativa: tale ricorso, tuttavia, era stato dichiarato inammissibile, con decisione successivamente confermata dalla Corte di cassazione, sulla base del rilievo che nel corso della procedura giurisdizionale amministrativa essi non avevano presentato una domanda di fissazione d'urgenza della data dell'udienza (i.e. l'istanza di prelievo), domanda che invero costituiva nuova condizione di ricevibilità dei ricorsi Pinto, introdotta il 25 giugno 2008.

Ebbene, la Corte Edu, dopo aver ricordato che il principio di sussidiarietà previsto dall'art. 35 della Convenzione EDU (a mente del quale il giudice di Strasburgo può essere adito solo previo esaurimento dei rimedi nazionali predisposti da ciascuno Stato membro) presuppone che i ricorsi interni risultino non solo disponibili, ma anche adeguati, nel senso che “*la loro esistenza deve presentare un sufficiente grado di certezza non solo teorica, ma anche pratica, poiché in caso contrario mancano loro l'effettività e l'accessibilità richieste*”(§42), ha concluso ritenendo nella specie ricevibile il ricorso sovranazionale per mancanza di effettività del rimedio interno ed

ha quindi riconosciuto a ciascuno dei quattro ricorrenti un indennizzo di €. 22.000.000 per il pregiudizio morale subito, oltre accessori e spese legali.

Ciò in quanto, hanno osservato i giudici di Strasburgo, la condizione di ammissibilità di un ricorso Pinto prevista dall'articolo 54, comma 2, della legge n. 112/2008 risulta essere una mera "*condizione formale*" che produce solo "*l'effetto di ostacolare l'accesso alla procedura Pinto*" (§64), posto che la presentazione di una istanza di prelievo non ha "*un effetto significativo sulla durata del procedimento, portando alla sua accelerazione o impedendole di oltrepassare il limite di quanto possa essere considerato ragionevole*", sicchè "*si deve concludere che l'esito di tale istanza è aleatorio*" (§61).

Inoltre, la Corte ha anche stigmatizzato la legislazione nazionale per non aver previsto "*delle modalità precise per quanto riguarda l'esame dell'istanza in questione, in particolare sui criteri che il presidente del TAR deve applicare per rigettare o accogliere l'istanza e le conseguenze, in caso di decisione favorevole alla parte, sullo svolgimento del procedimento*" (§56).

E' sufficiente un rapido sguardo ai nuovi "rimedi preventivi" per intuire che anche a questi ultimi si attagliano perfettamente le critiche enunciate dalla Corte Edu con riferimento al loro *prototipo*, ossia all'istanza di prelievo, già da tempo contemplata quale condizione di ammissibilità del ricorso *ex lege* Pinto riferito alla giustizia amministrativa.

Il contrasto con la normativa europea non è però l'unico punto critico delle novità di cui si discorre, profilandosi anche dubbi di legittimità costituzionale, in relazione all'art. 24 Cost., con riferimento a quei rimedi preventivi che, soprattutto nel rito civile, sono tesi a condizionare le scelte difensive delle parti.

Colui che voglia iniziare un giudizio civile, ad esempio, si troverà immediatamente di fronte alla scelta tra il rito sommario e quello ordinario, nella consapevolezza che solo la prima opzione gli consentirà poi di chiedere l'equa riparazione nel caso di eccessiva durata del processo ma, nel contempo, tale opzione penalizzerà la pienezza dell'accertamento del suo diritto.

Il convenuto, a sua volta, ove intenda preconstituirsì la condizione di ammissibilità per un successivo giudizio *ex lege* Pinto, deve proporre al giudice (almeno sei mesi prima della scadenza

dei termini di cui all'art. 2, comma 2-*bis*) istanza di mutamento del rito da ordinario a sommario a norma dell'art. 183-*bis* c.p.c.¹³⁹.

In entrambi i casi, peraltro, la decisione ultima sul rito spetta al giudice, il quale, se ritiene che le difese svolte dalle parti richiedano un'istruzione non sommaria, potrà sempre disporre che il giudizio introdotto ex art. 702-*bis* c.p.c. sia trattato con rito ordinario (disponendo ai sensi dell'art. 702-*ter*, comma 3, c.p.c.) e, viceversa, se ritiene che la complessità della lite e dell'istruzione probatoria non consentano il rito sommario respingerà l'istanza di mutamento di rito formulata del convenuto ex art. 183-*bis* c.p.c.: è evidente la delicatezza e rilevanza della scelta del giudice che, quale accorto *manager* del procedimento, dovrà ora prestare particolare attenzione all'opportunità di mutare il rito originariamente scelto dall'attore, dovendo contemperare le esigenze di celerità del processo con le imprescindibili esigenze difensive ed istruttorie delle parti, tenendo altresì conto che le proposte processuali di quest'ultime saranno ora condizionate anche dalle nuove regole di ammissibilità dei ricorsi per l'equa riparazione dei danni da irragionevole durata del processo.

Resta da chiedersi se, una volta introdotto dall'attore un giudizio ex art. 702-*bis* c.p.c., il convenuto, il quale in tal caso non avrà ovviamente spazio per attivare il "suo" rimedio preventivo (i.e. la richiesta ex art. 183-*bis* c.p.c.), potrebbe vedersi negare l'ammissibilità dell'eventuale ricorso *ex lege* Pinto per mancato esperimento di tale rimedio.

Un'interpretazione costituzionalmente orientata dovrebbe condurre a ritenere che il convenuto potrà beneficiare degli effetti del rimedio preventivo già attuato dall'attore, realizzandosi altrimenti una disparità di trattamento tra le parti processuali che, ancora una volta, suscita dubbi di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost..

Se ciò è corretto, la medesima soluzione dovrebbe valere nell'ipotesi inversa, ossia nel caso in cui l'attore abbia introdotto il giudizio con rito ordinario ed il convenuto abbia chiesto il mutamento del rito ex art. 183-*bis* c.p.c.: anche in tal caso, infatti, lo scopo di accelerazione del rito risulta essere stato "tentato" (non importa se poi sia stato effettivamente raggiunto, trattandosi, come si è detto, di decisione rimessa al giudice), ma questa volta l'estensione degli effetti del rimedio preventivo alla parte diversa da quella che lo ha esperito verrebbe a squilibrare le

¹³⁹ Norma recentemente introdotta nel codice di rito dall'art. 14 del d.l. del 12 settembre 2014 n. 132, convertito con modificazioni nella legge n. 162 del 10 novembre 2014.

posizioni delle parti, avvantaggiando l'attore, il quale avrebbe in tal modo goduto della doppia *chance* del rito ordinario e del rito abbreviato, nel contempo guadagnando la condizione di ammissibilità all'eventuale ricorso per l'equa riparazione.

Tale incongruenza potrebbe essere risolta distinguendo le ipotesi in cui il giudice abbia ritenuto di accogliere l'istanza proposta dal convenuto ex art. 183-*bis* c.p.c. da quelle in cui invece la abbia respinta: nel primo caso, l'attore non potrà avvalersi della ammissibilità del ricorso Pinto conseguente alla trattazione con rito sommario, non avendo esercitato il diritto-onere di introdurre la causa con tale rito pur sussistendone i presupposti; nel secondo caso, invece, dovrà ritenersi che la scelta attorea del rito ordinario fosse stata ben ponderata e necessitata dalla natura della controversia, risultando pertanto sufficiente l'istanza del convenuto ed il provvedimento di diniego del giudice per ritenere integrata, con riferimento ad entrambe le parti, la condizione di ammissibilità introdotta all'art. 2, comma 1 della legge Pinto.

Sono questi solo alcuni spunti di riflessione sulle questioni interpretative che oggi pone la inclusione del procedimento ex art. 702-*bis* c.p.c. tra i "rimedi preventivi" disegnati dalla legge di Stabilità 2016, ma è doveroso aggiungere che tali problematiche potrebbero ben presto essere superate ed assorbite da nuovi interventi legislativi. Il già ricordato disegno di legge concernente la "*Delega al Governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile*", approvato dalla Camera dei deputati il 10 marzo 2016, all'art. 1, comma 2, lett. a), n. 4, delega infatti il governo anche a "*collocare il procedimento sommario di cognizione, ridenominato «rito semplificato di cognizione di primo grado», nell'ambito del libro secondo del codice di procedura civile, prevedendone l'obbligatorietà per le cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica, con esclusione dei procedimenti attualmente assoggettati al rito del lavoro, prevedendo che l'udienza di prima comparizione delle parti sia fissata in un congruo termine, comunque non superiore a tre mesi, e assegnando al giudice, nel rispetto del principio del contraddittorio, la facoltà di fissare termini perentori per la precisazione o modificazione delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni, tenuto conto delle domande e delle eccezioni proposte dalle altre parti, nonché per l'indicazione dei mezzi di prova diretta e contraria e per le produzioni documentali, escludendo il potere del giudice di disporre il passaggio al rito ordinario*", oltre a "*prevedere l'obbligatorietà del rito ordinario di cognizione per le cause in cui*

il tribunale giudica in composizione collegiale, escludendo il potere del giudice di disporre il passaggio al rito semplificato di cognizione”.

Se tale disposizione verrà approvata anche al Senato e quindi attuata dal governo, né le parti né il giudice avranno più alcuna scelta tra rito ordinario e rito “semplificato di cognizione di primo grado” (secondo la nuova denominazione che assumerà l’attuale rito sommario ex art. 702-*bis* e ss. c.p.c.)¹⁴⁰, con la conseguenza che il rito con il quale verranno introdotte le cause civili non potrà più costituire un “rimedio preventivo” e, per l’effetto, verrà meno (salve ulteriori modifiche normative) anche qualsiasi condizione di ammissibilità del giudizio Pinto legata a tale aspetto processuale.

3. Novità in tema di indennizzo: riduzioni, esclusioni e presunzioni.

Nell’ottica di contenimento dei costi conseguenti alla violazione dei termini di ragionevole durata dei processi, l’intervento più ovvio ed immediato non poteva che essere quello di “tagliare” l’entità degli indennizzi.

La legge di Stabilità 2016 ha quindi applicato tale elementare criterio di risparmio, riducendo la soglia minima e massima entro cui potrà essere liquidato l’indennizzo: il riformulato art. 2-*bis*, comma 1, ha infatti indicato nuovi parametri di liquidazione dell’indennizzo fissando un *range* compreso tra 400 e 800 euro per anno o frazione di anno superiore ai sei mesi di eccedenza sulla durata ragionevole del processo (in precedenza il *range* era fissato tra 500 e 1500 euro), con la previsione però di correttivi in aumento per i casi in cui il ritardo si sia eccessivamente prolungato, potendo la somma liquidata essere in tali casi aumentata sino al 20 per cento per gli anni successivi al terzo e sino al 40 per cento per gli anni successivi al settimo.

A sua volta, il nuovo comma 1-*bis* dell’art. 2-*bis* consente riduzioni sino al 20 per cento se le parti del processo presupposto sono più di dieci e fino al 40 per cento se le parti sono più di cinquanta, mentre il nuovo comma 1-*ter* dell’art. 2-*bis* prevede la diminuzione “fino a un terzo” della somma liquidabile a titolo di indennizzo nei casi di integrale rigetto delle richieste della parte ricorrente nel giudizio presupposto.

¹⁴⁰ La nuova denominazione prevista dal disegno di legge delega è evidentemente tesa a sottolineare che il procedimento di cui si discorre rientra a pieno titolo nella cognizione piena ed esaustiva dei procedimenti a cognizione ordinaria, e che la semplificazione attiene non già al grado di approfondimento del merito della controversia da parte del giudice, bensì alla mera semplificazione dell’iter procedimentale.

I nuovi parametri, per espressa previsione della norma, si applicano tuttavia “*di regola*”¹⁴¹, dovendo pertanto prevedersi una loro flessibilità secondo criteri che l’applicazione giurisprudenziale dovrà elaborare in relazione alla natura della controversia; così, verosimilmente, sarà prevedibile un ribasso dell’indennizzo liquidabile per eccessiva durata dei giudizi presupposti Pinto (cc.dd. ricorsi Pinto su Pinto o Pinto-*bis*), considerato che la giurisprudenza di Strasburgo tende a liquidare tale indennizzo nella misura massima di 200 euro all’anno, ovvero potrà ipotizzarsi un aumento in relazione a cause presupposte coinvolgenti diritti fondamentali della persona.

La misura della soglia, sia minima che massima, di quantificazione degli indennizzi risulta così nettamente inferiore agli *standard* determinati dalla Corte di Strasburgo, che si attestano su importi compresi tra €. 1.000,00 ed € 1.500,00, legittimando qualche dubbio sulla sua adeguatezza al fine di assicurare l’effettiva tutela del diritto all’equa riparazione e, quindi, di evitare il rischio di un intervento “suppletivo” della Corte europea ai sensi dell’art. 41 CEDU¹⁴².

E’ infatti vero che, secondo la giurisprudenza della Corte dei diritti dell’uomo, il giudice nazionale conserva un margine di apprezzamento in forza del quale gli importi concessi a titolo di equa riparazione da irragionevole durata del processo possono essere anche inferiori a quelli liquidati in ambito europeo, ma ciò “a condizione che le decisioni pertinenti” siano “coerenti con la tradizione giuridica e con il tenore di vita del paese interessato”, e purchè detti importi non risultino irragionevoli.

In linea con tali principi, giurisprudenza della nostra Corte di cassazione ha, sebbene nella vigenza dell’originaria Legge Pinto (quando il nostro il legislatore non aveva ancora fissato le soglie interne, introdotte solo con il d.l. n. 83 del 2012), reputato “non irragionevole” una soglia pari al 45 per cento del risarcimento che la Corte europea avrebbe attribuito: ciò in virtù dell’esigenza di offrire un’interpretazione della legge 24 marzo 2001, n. 89 idonea a garantire che

¹⁴¹ Tale precisazione, non contenuta nella precedente versione dell’art. 2-*bis*, comma 1 (che era stato aggiunto all’originaria legge Pinto dall’art. 55, co. 1, lett. b), D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni nella L. 7 agosto 2012, n. 134), recepisce un principio già affermato dalla giurisprudenza di legittimità, secondo la quale la soglia minima è tendenziale, vale cioè “di regola”, senza costituire una frontiera invalicabile, laddove in considerazione del carattere bagatellare o irrisorio della pretesa patrimoniale azionata nel processo presupposto, parametrata anche sulla condizione sociale e personale del richiedente, vi sia l’esigenza di evitare sovracompensazioni (così Cass., sez. VI-1, 30 luglio 2010 n. 17922; Cass., sez. VI-1, 28 maggio 2012 n. 8471; Cass., sez. VI-2, 2 novembre 2015 n. 22385).

¹⁴² V. sub nota 5.

la diversità di calcolo non incida negativamente sulla complessiva attitudine ad assicurare l'obiettivo di un *serio ristoro* per la lesione del diritto alla ragionevole durata del processo, evitando il possibile profilarsi di un contrasto della medesima con l'art. 6 della CEDU, come interpretata dalla Corte di Strasburgo¹⁴³.

Successivamente, la stessa giurisprudenza della Cassazione ha valorizzato ulteriormente la possibilità di discostarsi dai parametri indennitari fissati dalla Corte

europea dei diritti dell'uomo, purchè tale scostamento sia suffragato da una puntuale motivazione, idonea a dar conto di un giudizio di comparazione tra la entità della pretesa patrimoniale azionata (c.d. posta in gioco), che occorre valutare per accertare l'impatto dell'irragionevole ritardo sulla psiche della parte richiedente, e la situazione socioeconomica dell'istante, tale da evidenziare la reale portata dell'interesse di quest'ultimo alla decisione¹⁴⁴.

Orbene, il campo di variazione dell'indennizzo oggi indicato dall'attuale art. 2-bis l. 89/200, pur con i correttivi previsti, sembra fissare *a priori* dei limiti che violano i principi sopra richiamati, i quali sono frutto della precedente stratificazione della giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di cassazione; inoltre, la previsione normativa della misura del risarcimento potrebbe ritenersi idonea a dispensare il giudice dal fornire un'adeguata motivazione per la liquidazione di un importo ad essa corrispondente ma di gran lunga inferiore a quello minimo generalmente applicato dalla Corte di Strasburgo, in quanto tale importo, pur ove di fatto violasse il principio di effettività del rimedio interno, risulterebbe comunque oggi ineccepibilmente conforme alla norma nazionale.

Oltre alla riduzione dei parametri indennitari, alcune novità riguardano anche i casi di diniego dell'indennizzo. La legge di Stabilità 2016 ha, infatti, riscritto il vecchio comma dell'art.

¹⁴³ Così Cass., sez. I, 8 luglio 2009 n. 16086, la quale aveva conseguentemente stabilito che la quantificazione del danno non patrimoniale doveva essere, di regola, non inferiore a euro 750,00 per ogni anno di ritardo eccedente il termine di ragionevole durata. Successivamente, la stessa Corte di cassazione aveva precisato che detto parametro va applicato per i primi tre anni eccedenti la durata ragionevole mentre, per il periodo successivo, la soglia minima saliva ad Euro 1.000,00, in quanto l'irragionevole durata eccedente tale periodo comporta "un evidente aggravamento del danno" (così Cass., sez. 1, 14 ottobre 2009 n. 21840; Cass., sez. VI-1, 30 luglio 2010 n. 17922; Cass., sez. 1, 6 giugno 2011, 12173; Cass., sez. VI-1, 28 maggio 2012 n. 8471).

¹⁴⁴ V. Cass., sez. 1, 24 luglio 2009 n. 17404; Cass., sez. II, 24 luglio 2012 n. 12937; Cass., sez. VI-2, 2 novembre 2015 n. 22385.

2, comma 2-*quiquies* (introdotto dal d.l. n. 83 del 2012), il quale prevedeva una serie di ipotesi in cui è *escluso* in radice il diritto all'indennizzo, ora ampliate e puntualizzate¹⁴⁵.

Ai sensi del nuovo art. 2, comma 2-*quiquies*, infatti, non è riconosciuto alcun indennizzo alla parte condannata, ex art. 96 c.p.c., ai danni per lite temeraria nel processo presupposto ed anche alla parte che, pur in assenza di tale condanna, risulti consapevole dell'infondatezza "originaria o sopravvenuta" della sua posizione (lett. a)¹⁴⁶, nonché nei casi di cui all'art. 91, comma 1, secondo periodo, c.p.c. (lett. b) e all'art. 13, comma 1, primo periodo del d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28 (lett. c); infine, l'indennizzo è escluso "in ogni altro caso di abuso dei poteri processuali che abbia determinato una ingiustificata dilazione dei tempi del procedimento" (lett. d).

Quest'ultima disposizione lascia intendere che il legislatore, tipizzate alcune ipotesi di abuso (nelle lettere da a, b e c) abbia voluto lasciare aperta la possibilità d'individuare altre di pari livello, prevedendo quindi una clausola finale di chiusura volta a includere qualsivoglia altra ipotesi simile.

La esplicita previsione di uno sbarramento dell'accesso all'indennizzo nei casi indicati, tutti riferiti a comportamenti dilatori delle parti, appare assai opportuna, sia perché favorisce l'evolversi di una cultura giudiziaria, sempre più attenta ai valori della correttezza processuale, sia perché opportunamente responsabilizza le parti dissuadendole da abusi processuali che non di rado incidono sulle "lungaggini" del giudizio e che spesso il giudice non ha il potere di prevenire o arginare: in tale prospettiva, appare molto opportuna la scelta di rimettere, in ultima analisi (lett. d del comma 2-*quiquies* citato), alla giurisprudenza la valutazione in concreto della sussistenza dell'"abuso", posto che la peculiarità dei casi singoli e la loro vasta latitudine esperienziale non avrebbe potuto garantire la tipizzazione di una equa e reale casistica.

Del tutto inedita è, invece, la disposizione di cui al nuovo comma 2-*sexies* dell'art. 2, il quale inserisce nell'ordito della l. n. 89 del 2001 una *presunzione di insussistenza del pregiudizio*

¹⁴⁵ Per un raffronto tra il testo precedente e la nuova formulazione dell'art. 2, comma 2-*quiquies*, v. sub nota 1.

¹⁴⁶ La possibilità, per il giudice del ricorso Pinto, di apprezzare la temerarietà del giudizio presupposto, pur in assenza di una esplicita condanna ex art. 96 c.p.c., non era espressamente contemplata nella precedente formulazione della lett. a) dell'art. 2, comma 2-*quiquies*, ma era stata comunque ammessa dalla giurisprudenza in considerazione della non tassatività dei casi di esclusione dell'indennizzo e della "apertura" rinvenibile nella previsione di chiusura di cui alla lettera f) della norma (oggi integralmente trasfusa nella lettera d), che escludeva il diritto all'indennizzo "in ogni altro caso di abuso dei poteri processuali...": V. Cass., sez. VI-2, 19 ottobre 2015 n. 21131.

da irragionevole durata del processo, superabile dalla prova contraria, per i casi di prescrizione del reato di cui benefici l'imputato (lett. a), di contumacia della parte (lett. b), di estinzione o perenzione del processo civile o amministrativo (lett. c e lett. d), di proposizione di motivi aggiunti al ricorso amministrativo mediante autonomo ricorso (lett. e), nonché di mancata richiesta di riunione *ex art. 70 c.p.a.* dei ricorsi *amministrativi* connessi, proposti dalla stessa parte (lett. f); infine, la lettera g) della medesima norma esclude fino, a prova contraria, l'indennizzo in caso di "irrisorietà della pretesa o del valore della causa, valutata anche in relazione alla condizione personale della parte", così recependo il principio fissato dall'art. 35, comma 3, lett. b) Convenzione EDU, in vigore dall'1 giugno 2010, che nega il ristoro del pregiudizio che non abbia un certo grado di serietà (c.d. clausola *de minimis non curat praetor*)¹⁴⁷.

Infine, il nuovo comma 2-*septies* dell'art. 2, ha introdotto una specifica applicazione del principio della *compensatio lucri cum damno* ponendo una presunzione di insussistenza del danno per la parte che, dall'eccessiva durata del processo, abbia ricevuto vantaggi patrimoniali uguali o maggiori rispetto alla misura dell'indennizzo in astratto ad essa spettante.

4. La modifica della competenza territoriale.

Nella versione originaria del 2001, non modificata dalle successive riforme del 2012 e 2013, la legge Pinto indicava, quale criterio di individuazione del giudice territorialmente competente a conoscere della domanda di equa riparazione, quello previsto dall'art. 11 del c.p.c. per i procedimenti penali riguardanti i magistrati, in forza del quale tale competenza era attribuita alla "corte d'appello del distretto in cui ha sede il giudice competente ai sensi dell'articolo 11 del codice di procedura penale a giudicare nei procedimenti riguardanti i magistrati nel cui distretto è concluso o estinto relativamente ai gradi di merito il procedimento nel cui ambito la violazione si assume verificata".

¹⁴⁷ In tal senso, come si è già accennato, si era in precedenza già orientata parte della giurisprudenza: V. Cass. 24 luglio 2012 n. 12937, ad avviso della quale il giudice, nel determinare la quantificazione del danno non patrimoniale subito per ogni anno di ritardo, poteva scendere al di sotto del livello di "soglia minima" là dove, in considerazione del carattere bagatellare o irrisorio della pretesa patrimoniale azionata nel processo presupposto, parametrata anche sulla condizione sociale e personale del richiedente, l'accoglimento della pretesa azionata renderebbe il risarcimento del danno non patrimoniale del tutto sproporzionato rispetto alla reale entità del pregiudizio sofferto.

La *ratio* della norma risiedeva nella opportunità di attribuire la cognizione del giudizio concernente la violazione della ragionevole durata del processo presupposto ad un giudice che, non appartenendo all'ufficio giudiziario nel quale si era svolto il processo "*sub judice*", offrisse maggiori garanzie di terzietà ed imparzialità, esigenza che può essere agevolmente apprezzata ove si consideri che la pronuncia di accoglimento di un ricorso Pinto è potenzialmente foriera di responsabilità erariale e/o disciplinare del magistrato designato alla trattazione del giudizio presupposto (art. 5, comma 4 l. 89/2001).

L'ultima riforma, tuttavia, ha modificato tale norma (art. 3, comma 1), risultando oggi attribuita la competenza territoriale alla Corte d'appello dello stesso distretto in cui ha sede il giudice innanzi al quale si è svolto il primo grado del processo presupposto: risulta così eliminato il precedente richiamo all'art. 11 del c.p.p. che, radicando la competenza in un distretto diverso da quello del giudizio presupposto, gravava eccessivamente i ruoli di diverse piccole Corti d'appello presso le quali venivano a confluire i numerosissimi ricorsi Pinto originati da Corti di riferimento di dimensioni assai più ampie.

La scelta legislativa, evidentemente determinata dalla priorità accordata ad una più adeguata ripartizione dei carichi di lavoro delle Corti d'appello, è apprezzabile per le ricadute in termini di efficienza, mentre non sembra che sussistano fondati timori sotto il profilo della terzietà ed imparzialità del giudice dell'equa riparazione: a tal fine il nuovo quarto comma dell'art. 3, nel prevedere la possibilità che il presidente della Corte d'Appello designi a provvedere sulla domanda di equa riparazione un magistrato della stessa Corte, ha opportunamente specificato che non può essere designato il giudice del processo presupposto.

In altri termini, si può dire che le modifiche in tema di competenza hanno sostituito alla precedente incompetenza di un intero ufficio giudiziario (i.e., la Corte d'appello nel cui distretto esercitava le funzioni il giudice del processo presupposto), la attuale incompatibilità di un singolo magistrato (o di più singoli magistrati, ossia di quelli a cui era stato affidato il giudizio presupposto).

Da segnalare, infine, con riferimento ai giudici che possono essere designati dal Presidente della Corte di appello per la decisione sui ricorsi *ex lege* n. 89 del 2001, una ulteriore novità: il comma 782 dell'art. 1 della legge di Stabilità n. 208 del 2015, modificando l'art. 62, comma 2, della legge 9 agosto 2013 n. 98, prevede la possibilità di affidare ai giudici ausiliari delle Corti di

appello anche la trattazione dei ricorsi Pinto e la redazione dei decreti ingiuntivi di competenza del Presidente della Corte o ai magistrati da lui delegati.

5. Le nuove modalità di pagamento.

Il testo originario della legge n. 89 del 2001 nulla prevedeva in ordine alle modalità di pagamento delle somme liquidate a titolo di equo indennizzo del danno da irragionevole durata del processo.

La legge di Stabilità del 2016 ha colmato tale lacuna introducendo nella legge il nuovo art. 5-*sexies*, che disciplina le modalità di pagamento dei decreti Pinto di condanna onerando in primo luogo il creditore di rilasciare all'amministrazione una dichiarazione di autocertificazione e sostitutiva di notorietà *"attestante la mancata riscossione di somme per il medesimo titolo, l'esercizio di azioni giudiziarie per lo stesso credito, l'ammontare degli importi che l'amministrazione è ancora tenuta a corrispondere, la modalità di riscossione prescelta ai sensi del comma 9 del presente articolo"*; inoltre, il creditore è tenuto *"a trasmettere la documentazione necessaria a norma dei decreti di cui al comma 3¹⁴⁸"* (art. 5-*sexies*, comma 1).

Si tratta evidentemente di una serie di adempimenti di ordine strettamente burocratico che, a ben vedere, si risolvono in una supplenza dell'attività amministrativa, in quanto concernenti dati e documentazione già nella piena disponibilità dell'amministrazione: sono così stati posti a carico del cittadino vittorioso *ex lege* Pinto oneri che sembrano eccessivamente gravosi, tanto più che la predetta dichiarazione ha validità solo semestrale e deve essere rinnovata a semplice richiesta della pubblica amministrazione (art. 5-*sexies*, comma 2).

Pertanto, ai sensi del comma 4 dell'art. 5-*sexies*, *"nel caso di mancata, incompleta o irregolare trasmissione della dichiarazione o della documentazione di cui ai commi precedenti, l'ordine di pagamento non può essere emesso"*: una disposizione che, sostanzialmente rimettendo alla valutazione unilaterale della amministrazione il giudizio di completezza e regolarità sia della

¹⁴⁸ A mente del richiamato comma 3, la documentazione che deve essere trasmessa, così come i modelli di dichiarazione di cui al comma 1, dovrà essere precisamente indicata con decreti del Ministero dell'economia e delle finanze e del Ministero della Giustizia da emanarsi entro il 30 ottobre 2016. In attesa dell'emanazione del decreto previsto dalla norma citata, da adottare di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, il Ministero della giustizia ha predisposto un modello di autodichiarazione, consultabile sul sito istituzionale, di dubbia valenza ai fini previsti dall'art. 5-*sexies* della nuova legge Pinto, dichiaratamente trattandosi di un modello provvisorio, non corrispondente a quello indicato dalla norma citata.

dichiarazione che della documentazione trasmessa, da un lato assoggetta il soddisfacimento dei crediti *ex lege* Pinto (pur consacrati in un provvedimento giurisdizionale passato in giudicato) alle determinazioni ultime della parte debitrice e, dall'altro è prevedibilmente foriera di nuovo contenzioso ove sorgano contestazioni sui criteri utilizzati per valutare la completezza e regolarità della dichiarazione e documentazione trasmesse.

In ogni caso è previsto, in favore dell'amministrazione, un tempo di dilazione del pagamento, che deve avvenire “*entro sei mesi dalla data in cui sono integralmente assolti gli obblighi previsti ai commi precedenti*”, termine che comunque, ribadisce la norma, “*non inizia a decorrere in caso di mancata, incompleta o irregolare trasmissione della dichiarazione ovvero della documentazione di cui ai commi precedenti*” (art. 5-*sexies*, comma 5) e che, se non interamente decorso, impedisce ai creditori di “*procedere all'esecuzione forzata, alla notifica dell'atto di precetto, né proporre ricorso per l'ottemperanza del provvedimento*” (art. 5-*sexies*, comma 7).

Quand'anche il creditore riesca a soddisfare tutte le formalità richieste dai primi cinque commi dell'art. 5-*sexies*, il soddisfacimento del suo credito non sarà ancora assicurato, posto che l'amministrazione dovrà eseguire i provvedimenti per intero solo “*ove possibile*” e che l'erogazione degli indennizzi agli aventi diritto avviene “*nei limiti delle risorse disponibili*”, fatto salvo il ricorso ad anticipazioni di tesoreria mediante pagamento in conto sospeso (art. 5-*sexies*, comma 6).

Il mancato, incompleto o irregolare adempimento degli obblighi di comunicazione impedirà anche al giudice investito del procedimento di esecuzione forzata, così come al commissario *ad acta* nominato dal giudice amministrativo, ove il creditore abbia proposto azione di ottemperanza, di disporre il pagamento di somme o l'assegnazione di crediti in favore dei creditori *ex lege* Pinto (art. 5-*sexies*, comma 11).

La semplice lettura dell'art. 5-*sexies* lascia facilmente intuire che la parte vittoriosa *ex lege* Pinto dovrà ancora attendere un incerto, e verosimilmente non breve, lasso di tempo prima di ottenere la completa soddisfazione del suo credito.

6. La ragionevole durata dei procedimenti *ex lege* n. 89 del 2001 dopo la sentenza della Corte Costituzionale del 19 febbraio 2016, n. 36.

La legge di Stabilità 2016 non ha modificato i termini di durata ragionevole del processo, i quali, ai sensi dell'art. 2, comma 2-*bis*, si considerano rispettati se il processo non eccede la durata di: tre anni in primo grado, due anni in secondo grado, un anno nel giudizio di legittimità, nonché se il procedimento di esecuzione forzata si è concluso in tre anni e se la procedura concorsuale si è conclusa in sei anni.

Il successivo comma 2-*ter* specifica poi che il termine ragionevole si considera comunque rispettato se il giudizio viene definito in modo irrevocabile in un tempo complessivo non superiore a sei anni, nel computo del quale non deve però tenersi conto del tempo in cui il processo è sospeso e di quello intercorso tra il giorno in cui inizia a decorrere il termine per proporre l'impugnazione e la proposizione della stessa.

Tali termini, non previsti nell'originaria formulazione della legge n. 89 del 2001, sono stati introdotti dalla novella del 2012¹⁴⁹ con l'intento di sottrarre alla discrezionalità giudiziaria la determinazione della congruità del termine, per affidarla invece ad una previsione legale di carattere generale volta a regolare, per quanto riguarda il settore civile, tutti i processi civili di cognizione, e dunque anche il procedimento *ex lege* Pinto.

In relazione ai termini di ragionevole durata di quest'ultimo, tuttavia, la legge n. 89 del 2011, nel testo vigente dopo le modifiche del 2012, risulta oggi modificata in forza, non già della legge di Stabilità 2016, bensì di una pronuncia della Corte Costituzionale intervenuta appena un mese e venti giorni dopo l'entrata in vigore della citata legge di Stabilità.

Il giudice delle leggi, con la sentenza n. 36 del 2016¹⁵⁰, ha infatti dichiarato la illegittimità costituzionale - in riferimento all'art. 111, secondo comma, e all'art. 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6, paragrafo 1, della CEDU - dell'art. 2, comma 2-*bis*, nella parte in cui determina in tre anni la ragionevole durata del primo (e unico) grado di merito del giudizio proposto ai sensi della legge n. 89 del 2001.

A tale conclusione la Corte è pervenuta osservando che nella giurisprudenza europea è consolidato il principio secondo cui *“lo Stato è tenuto a concludere il procedimento volto all'equa riparazione del danno da ritardo maturato in altro processo in termini più celeri di quelli*

¹⁴⁹ L'introduzione della predeterminazione di termini che devono ritenersi “ragionevoli” è stata disposta dall'art. 55, comma 1, lett. a), numero 2), del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83 convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 7 agosto 2012, n. 134.

¹⁵⁰ V. sent. Corte Costituzionale del 19 febbraio 2016, n. 36, consultabile al sito www.cortecostituzionale.it.

consentiti nelle procedure ordinarie”, con la conseguenza che l’art. 6 della CEDU, il cui significato si forma attraverso il reiterato ed uniforme esercizio della giurisprudenza europea sui casi di specie, “*preclude al legislatore nazionale, che abbia deciso di disciplinare legalmente i termini di ragionevole durata dei processi ai fini dell’equa riparazione, di consentire una durata complessiva del procedimento regolato dalla legge n. 89 del 2001 pari a quella tollerata con riguardo agli altri procedimenti civili di cognizione, anziché modellarla sul calco dei più brevi termini indicati dalla stessa Corte di Strasburgo e recepiti dalla giurisprudenza nazionale*”.

La nostra giurisprudenza, in applicazione degli artt. 111, secondo comma, e 117, primo comma, Cost. ed in aderenza alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, aveva in precedenza (ossia prima dell’introduzioni dei termini di cui alla modifica del 2012) determinato il termine ragionevole dei giudizi “Pinto”, per il caso di procedimento svoltosi in entrambi i gradi previsti, in complessivi due anni, che è appunto il limite di regola ammesso dalla Corte EDU.

La Corte Costituzionale, nella medesima sentenza, ha invece ritenuto non fondata l’ulteriore questione di legittimità costituzionale dell’art. 2, comma 2-*bis*, nella parte in cui determina in un anno la ragionevole durata del giudizio di legittimità previsto dalla legge n. 89 del 2001, ritenendo che il termine annuale scelto dal legislatore “*è conforme alle indicazioni di massima provenienti dalla Corte europea e recepite dalla giurisprudenza nazionale*”, e rilevando altresì che “*la dichiarazione di illegittimità costituzionale della previsione concernente la durata del processo di primo grado fa sì che la ragionevole durata complessiva di un procedimento regolato dalla legge n. 89 del 2001, in concreto articolatosi su due gradi di giudizio, sia inferiore a quella stabilita per gli altri procedimenti ordinari di cognizione, e comunque possa essere contenuta nel tetto di due anni, in conformità agli artt. 111, secondo comma, e 117, primo comma, Cost*”.

Quanto al termine complessivo di sei anni, previsto dall’art. 2, comma 2-*ter*, la Corte ha precisato che tale disposizione è inapplicabile ai procedimenti previsti dalla legge n. 89 del 2001, perché essi sono articolati su due gradi di giudizio, mentre il termine di sei anni previsto da tale norma, e che si considera “comunque” ragionevole, esigerebbe che il processo si sia svolto in tre gradi.

Dunque, all’esito della declaratoria di incostituzionalità dell’art. 2, comma 2-*bis*, nella parte in cui si applica alla durata del processo di primo grado previsto dalla legge n. 89 del 2001 ed alla luce delle ulteriori precisazioni contenute nella citata sentenza della Corte Costituzionale, la

ragionevole durata del giudizio di equa riparazione dovrà ora essere ravvisata nel termine di un anno per l'unico grado di merito *ex lege* Pinto e di un anno per il giudizio di Cassazione, così per un tempo di durata complessiva di entrambi i gradi di giudizi non superiore a due anni.

FRANCESCA PICARDI

Gli atti impugnabili dinanzi al giudice tributario: gli orientamenti della Suprema Corte

SOMMARIO: 1. L'interpretazione estensiva dell'art. 19 del d.lgs. n. 546 del 1992. - 2. L'impugnabilità del ruolo non notificato. - 3. Conclusioni. - 4. Bibliografia.

1. L'interpretazione estensiva dell'art. 19 del d.lgs. n. 546 del 1992.

Secondo l'orientamento ormai consolidato della Suprema Corte, l'elencazione degli atti impugnabili dinanzi al giudice tributario, contenuta nell'art. 19 del d.lgs. 31 dicembre 1993, n. 546, ha natura tassativa, ma non preclude l'impugnazione degli altri atti con cui l'Amministrazione porti a conoscenza del contribuente una ben individuata pretesa tributaria, esplicitandone le ragioni fattuali e giuridiche, attesa la possibilità di un'interpretazione estensiva in ossequio alle norme costituzionali di tutela del contribuente (artt. 24 e 53 Cost.) e di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.) ed in considerazione dell'allargamento della giurisdizione tributaria operato con la legge 28 dicembre 2001, n. 448.

Si è, però, costantemente affermato che l'impugnazione, da parte del contribuente, di un atto non espressamente indicato dall'art. 19 del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, ma espressivo di una pretesa tributaria ormai definita, è una facoltà e non un onere, costituendo un'estensione della tutela, sicché la sua omissione non determina la cristallizzazione dell'obbligazione tributaria, né preclude la successiva impugnazione di un altro atto che manifesti la medesima pretesa tributaria, sia esso riconducibile all'elencazione tassativa di cui allo stesso art. 19 (Cass., 11 febbraio 2015, n. 2616 ma già Cass., 25 febbraio 2009, n. 4513 e Cass., 08 ottobre 2007, n. 21045) o un atto diverso, ma idoneo a manifestare la richiesta impositiva (Cass., 19 agosto 2015, n. 16952). Risulta, dunque, indispensabile distinguere tra gli atti direttamente inclusi nell'elencazione di cui all'art. 19 del d.lgs. 1992, n. 546 e quelli che vi sono solo parificati, atteso che per i primi l'omessa tempestiva impugnativa si risolve in una decadenza non più superabile (cfr., da ultimo, Cass., 11 novembre 2015, n. 23061, secondo cui, in tema d'imposta di registro, l'invito al pagamento di cui all'art. 212 del d.P.R. n. 115 del 2002 è l'unico atto liquidatorio, previsto dalla

legge, dell'imposta prenotata a debito, con cui viene comunicata al contribuente una pretesa tributaria ormai definita, sicché, a prescindere dalla denominazione, va qualificato come avviso di accertamento o di liquidazione, la cui impugnazione non è facoltativa, ma necessaria ex art. 19 del d.lgs. n. 546 del 1992, pena la cristallizzazione dell'obbligazione, che non può più essere contestata nel successivo giudizio avente ad oggetto la cartella di pagamento).

In particolare, in base all'interpretazione estensiva dell'art. 19 del d.lgs. n. 546 del 1992, si è ammessa l'impugnabilità dei seguenti atti:

- la comunicazione di irregolarità, ex art. 36 bis, comma 3, del d.P.R. n. 600 del 1973, n. 600 del 1973, relativa all'indebita deduzione di somme versate a titolo di mantenimento del coniuge (Cass., 28 novembre 2014, n. 25297);

- il diniego del Direttore Regionale delle Entrate di disapplicazione di norme antielusive ex art. 37 bis, comma 8, del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 (Cass., 5 ottobre 2012, n. 17010; Cass. 15 aprile 2011, n. 8663; invece, come evidenzia Cass., 13 aprile 2012, n. 5843 non è impugnabile innanzi alle Commissioni tributarie il provvedimento dichiarativo dell'improcedibilità dell'istanza di disapplicazione di norma antielusiva, poiché esso è atto di natura interlocutoria, che non respinge nel merito la stessa, ma ne rileva l'insuscettibilità di ogni plausibile valutazione, e non è, quindi, assimilabile al provvedimento di rigetto o agli altri atti di cui all'art. 19 del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, che sono atti amministrativi definitivi con rilevanza esterna);

- il rigetto di un'istanza di sgravio delle somme iscritte a ruolo (Cass., 22 luglio 2011, n. 16100);

- gli avvisi bonari con cui l'Amministrazione finanziaria chiede il pagamento di un tributo (Cass., 18 maggio 2011, n. 10987, che, tuttavia, ha precisato che non ne è possibile l'annullamento per l'assenza dei requisiti prescritti dall'art. 19 del d.lgs. n. 546 del 1992, in particolare per l'omessa indicazione delle forme e dei termini per proporre ricorso alla commissione tributaria competente);

- la comunicazione di revoca della sospensione della riscossione, precedentemente concessa in attesa di verificare il diritto allo sgravio, trattandosi di provvedimento riconducibile, nella sostanza, ad un diniego di sgravio, idoneo ad esplicitare la volontà negativa dell'Ufficio rispetto all'istanza del contribuente (Cass., 12 gennaio 2010, n. 285);

- il preavviso di fermo amministrativo ex art. 86 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 (Cass., S.U. 11 maggio 2009, n. 10672);

- la visura per consultazione di partita catastale, attraverso la quale una società aveva appreso l'entità della rendita catastale di un immobile acquistato da un fallimento (Cass., 18 novembre 2008, n. 27385).

In conclusione, pur restando il processo tributario un giudizio di tipo impugnatorio, in cui non sono ammesse azioni di mero accertamento, l'accesso del contribuente alla tutela giurisdizionale è stato facilitato ed anticipato grazie ad un'interpretazione estensiva dell'art. 19 del d.lgs. n. 546 del 1992, la cui elencazione tassativa non viene più riferita ai singoli provvedimenti nominativamente individuati, ma al "genus" a cui appartengono, individuato in relazione agli effetti giuridici prodotti.

2. L'impugnabilità del ruolo non notificato.

In tale contesto va collocata la recente decisione delle Sezioni Unite, 2 ottobre 2015, n. 19704, secondo cui, pur non essendo impugnabile l'estratto di ruolo, mero atto riepilogativo del concessionario, in quanto non vi è alcun concreto interesse giuridico al suo annullamento, privo di conseguenze rispetto all'atto impositivo dell'ente impositore, consistente nel ruolo, sono immediatamente impugnabili la cartella e/o il ruolo, di cui il contribuente, in difetto di una valida notifica, sia venuto a conoscenza tramite l'estratto rilasciato, su sua richiesta, dal concessionario, dovendosi escludere che l'impugnazione dell'atto precedente non notificato unitamente a quello successivo notificato, prevista dall'art. 19, comma 3, del d.lgs. n. 546 del 1992, sia l'unica possibilità di tutela.

In proposito occorre precisare che il ruolo - che, come si evince dagli artt. 10, 11, 12 del d.P.R. n. 602 del 1973, è l'elenco dei debitori e delle somme da essi dovute per imposte, sanzioni ed interessi, formato dall'ufficio impositore per ciascuno degli ambiti territoriali in cui operano i concessionari alla riscossione, a cui deve essere consegnato - è espressamente ricompreso tra gli atti impugnabili dall'art. 19 del d.lgs. n. 546 del 1992.

Tale previsione si giustifica pienamente, trattandosi di un atto amministrativo impositivo dell'ente creditore, che costituisce presupposto indefettibile di ogni attività di riscossione del concessionario ed a cui è espressamente attribuito il valore di titolo esecutivo.

L'art. 21, comma 1, del d.lgs. n. 546 del 1992 specifica che la notifica della cartella di pagamento vale anche come notifica del ruolo, che può, dunque, essere impugnato davanti al giudice tributario entro sessanta giorni a decorrere da tale momento.

Le Sezioni Unite, sulla base di tale premessa, hanno sottolineato che, secondo i principi generali, il contribuente può impugnare il ruolo, in considerazione del suo interesse, non solo contemporaneamente ed unitamente alla cartella, ma anche da solo. Ad ogni modo, il suo annullamento travolgerà la cartella, in quanto atto da esso dipendente.

E' stato, pertanto, definitivamente superato quell'orientamento secondo cui i ruoli sono atti interni dell'amministrazione, i cui vizi solo eccezionalmente ed in base a norme specifiche si riverberano sul rapporto tributario individuale e si rendono impugnabili (in questo senso si erano espresse Cass., 5 gennaio 2005, n. 4301; Cass., 5 settembre 2004, n. 139; Cass., 23 luglio 2004, n. 13848).

Il documento denominato estratto di ruolo non è, invece, espressamente previsto da alcuna disposizione normativa e consiste in un mero elaborato informatico formato dal concessionario, riassuntivo degli elementi della cartella e di quelli del ruolo che vi sono trasfusi. Non ha, quindi, valore impositivo, per cui non è impugnabile, atteso, peraltro, che il contribuente non riporterebbe alcuna utilità ove fosse eliminato il solo documento rappresentativo, senza alcun intervento sul contenuto in esso rappresentato.

Le Sezioni Unite hanno, pertanto, confermato l'orientamento secondo cui l'estratto di ruolo è atto interno all'Amministrazione e non può essere oggetto di autonoma impugnazione, non sussistendo interesse concreto e attuale ex art. 100 c.p.c. ad instaurare una lite tributaria, che non ammette azioni di accertamento negativo del tributo (così già Cass., 15 marzo 2013, n. 6610).

Le Sezioni Unite, dopo essersi soffermate sulla distinzione tra il ruolo (atto impositivo impugnabile) ed il suo estratto (mero documento rappresentativo non impugnabile), hanno, però, affermato che sia il ruolo sia la cartella di pagamento possono essere impugnati anche se il contribuente ne sia venuto a conoscenza non in virtù di una valida notifica ma dell'estratto del ruolo rilasciatogli, su sua richiesta, dal concessionario. Si è così escluso che l'atto tributario, in quanto recettizio, diventi impugnabile solo a seguito della sua notifica, che integra una mera condizione di efficacia e non un elemento costitutivo del provvedimento. Più precisamente, ad avviso della Suprema Corte, l'omissione o l'invalidità della notifica non possono precludere

l'impugnazione dell'atto, essendo la recettività strumentale alla tutela del contribuente, che deve risultarne aumentata e non menomata. Tale inadempimento dell'Amministrazione finanziaria impedirà, piuttosto la decorrenza e, quindi, la scadenza del termine d'impugnazione, di cui la notifica costituisce l'unico rilevante "dies a quo". Difatti, l'art. 19 del d.lgs. n. 546 del 1992, nello stabilire che la mancata notificazione di un atto autonomamente impugnabile, adottato precedentemente a quello notificato, ne consente l'impugnazione unitamente a quest'ultimo, non intende limitare, ma piuttosto estendere la tutela, sicché l'impugnazione al momento della notifica dell'atto successivo deve essere considerata una delle possibili e non l'esclusiva forma di accesso alla giustizia tributaria. Del resto, solo tale interpretazione, che assicura un immediato accesso alla tutela giurisdizionale, riducendo il rischio di azioni esecutive infondate, appare costituzionalmente corretta, atteso che, da un lato, consente di superare un'ingiustificata disparità tra le parti del rapporto tributario e, dall'altro, contribuisce al buon andamento della pubblica amministrazione.

3. Conclusioni.

L'odierna decisione delle Sezioni Unite costituisce un naturale sviluppo degli orientamenti assunti relativamente all'individuazione degli atti impugnabili dinanzi al giudice tributario. Difatti, risulterebbe incoerente subordinare l'ammissibilità del ricorso alla conclusione del procedimento notificatorio di uno degli atti tipici impugnabili dopo aver riconosciuto al contribuente la facoltà di ricorrere al giudice tributario anche prima della loro adozione, in occasione di un qualsiasi atto che porti a sua conoscenza una ben individuata pretesa tributaria, atteso il suo interesse ex art. 100 c.p.c. a chiarire la sua posizione già al momento di tale notizia. Sempre in conformità con gli orientamenti consolidati, tale estensione ed anticipazione della tutela non può, però, pregiudicare in alcun modo il contribuente, per il quale l'impugnazione anticipata resta una facoltà e non un onere, iniziando a decorrere il termine perentorio, dalla cui scadenza deriva la decadenza dal relativo potere, solo dalla notifica. Può seriamente dubitarsi, invece, della possibilità di applicare i principi affermati dalle Sezioni unite con la presente decisione agli atti atipici ricondotti nell'ambito applicativo dell'art. 19 del d.lgs. n. 546 del 1992, rispetto ai quali, in considerazione del loro tendenziale carattere informale e non autoritativo, la mancata conclusione di un valido procedimento di notificazione può indurre ad escludere la formazione di un'effettiva e stabile volontà dell'Amministrazione finanziaria circa il rapporto tributario in esame.

4. Bibliografia.

Per un approfondimento degli argomenti trattati si rinvia a G. Chiarizia, Gli atti impugnabili dinanzi ai giudici tributari sulla base degli ultimi orientamenti della giurisprudenza di legittimità, in Boll. Trib. d'informazione, 2011, 1269; A.Poddighe, Gli atti impugnabili dinnanzi alle Commissioni tributarie: rassegna di giurisprudenza di legittimità e dottrina, in Riv. dir. trib. 2012, 655; F. Tundo, Impugnabile il diniego di disapplicazione delle norme antiesclusive? in Corr. trib. 2011, 1701.

RENATO PERINU

Poteri istruttori d'ufficio nel rito del lavoro: orientamenti giurisprudenziali consolidati e problemi ancora aperti

SOMMARIO: 1. La questione. - 2. Il quadro giurisprudenziale. - 3. Osservazioni conclusive.

1. La Questione.

La problematica che occupa si colloca all'interno del più generale ambito dell'oggetto della prova ed in particolare, nello stabilire se, ed entro quali limiti, il giudice possa nel rito del lavoro autonomamente integrare ed acquisire al processo i fatti costitutivi della domanda o quelli impeditivi e/o estintivi della stessa, e se tale potere possa essere esperito d'ufficio o, esclusivamente ad istanza di parte. Va, immediatamente rilevato, come il problema in disamina non si ponga, nel processo del lavoro, diversamente che nel processo ordinario.

Le soluzioni esegetiche affermate dalla giurisprudenza di legittimità postulano, preliminarmente, un richiamo all'assetto normativo di riferimento. Come noto, la legge 11 agosto 1973, n. 533 ha stabilito per le controversie soggette al rito del lavoro un regime più rigoroso in materia di deduzioni e produzioni istruttorie; e ciò in considerazione dei fini acceleratori a cui si ispira la disciplina in disamina. Infatti, quanto al giudizio di primo grado l'art. 414 n. 5 e l'art. 416, terzo comma, cod. proc. civ. impongono rispettivamente all'attore e al convenuto di indicare specificamente, negli atti introduttivi del processo, i mezzi di prova dei quali intendano avvalersi, ed in particolare i documenti che devono essere contestualmente depositati.

Ciò si giustifica in considerazione dei fini acceleratori tipici della disciplina processuale lavoristica. Tale sistema è mediato, tuttavia, in ragione della natura indisponibile e di rilevanza costituzionale delle posizioni soggettive considerate dal rito del lavoro.

Gli elementi testé riportati rappresentano il perimetro entro il quale si sono formati e delineati gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità che si vanno di seguito a sintetizzare.

2. Il quadro giurisprudenziale.

La problematica in argomento si inserisce nelle tematica più generale sulle modalità e limiti correlati alla produzione di nuovi mezzi di prova nelle controversie soggette al rito del lavoro. Appare opportuno seguire l'evoluzione giurisprudenziale partendo dai tre fondamentali pronunciamenti delle Sezioni Unite (Sentenza n. 9199 del 1990- Sent. n. 8202 del 2005- Sent.n. 8203 del 2005).

Premesso che nella giurisprudenza della Corte , almeno fino alle citate Sezioni Unite n. 8202 del 2005 (sul rito del lavoro) e n. 8203 del 2005 (sul rito ordinario) è stato sempre dominante il principio secondo il quale il divieto sancito dall'art.437, secondo comma , cod. proc. civ. di ammissione in grado di appello di nuovi mezzi di prova nelle controversie soggette al rito del lavoro riguarda le prove costituenti e non i documenti, che sono prove costituite, con l'arresto delle Sezioni unite del 1990 è stato fissato il principio secondo il quale, nel rito del lavoro, la produzione in grado di appello di nuovi documenti, che si sottrae al divieto sancito dall'art. 437, secondo comma, cod. proc. civ., deve essere compiuta dalle parti, a pena di decadenza , mediante la specifica indicazione nei rispettivi atti introduttivi del grado (ricorso e memoria difensiva) ed il deposito degli stessi contestualmente al deposito di tali atti, a norma degli artt. 414 e 416 cod. proc. civ., richiamati dagli artt. 434 e 436 del codice di rito, salvo che si tratti di documenti sopravvenuti o la cui produzione sia giustificata dallo sviluppo della vicenda processuale. Tale decadenza, secondo la stessa sentenza, è rilevabile d'ufficio dal giudice, non condividendo le Sezioni Unite quell'orientamento giurisprudenziale, secondo il quale la tardività della produzione documentale in grado di appello, ove non ecceda l'inizio della discussione orale, dovrebbe essere eccepita dalla parte interessata, la quale potrebbe rinunciare a farla valere, espressamente, o in modo implicito. Alle riferite conclusioni le Sezioni Unite erano pervenute sulla base della considerazione che la possibilità di produzione di nuovi documenti contrasterebbe, inevitabilmente, con i principi di concentrazione ed immediatezza del rito del lavoro, e con il coordinamento testuale intercorrente tra gli artt. 434 e 436 cod. proc. civ. e gli artt. 414 e 416 dello stesso codice. Tale indirizzo seppure confermato da numerose altre pronunce (v., tra le altre, sent. n. 9724 del 1994, rv. 488 676; sent. n.14690 del 1999, rv. 532597; sent. n. 5596 del 2000, rv. 536144; sent. n. 7948 del 2000, rv. 537493; sent. n. 10179 del 2002, rv. 555699) nel tempo è stato contrastato da diverso orientamento fondato sul principio che il potere d'ufficio del giudice d'appello di ammettere nuovi documenti trova un limite invalicabile nella qualità di " novum " che la documentazione depositata

deve possedere, con la conseguenza che il documento che doveva essere indicato nel ricorso introduttivo, ai sensi dell'art. 414 n.5 cod. civ. proc. civ. non può più essere prodotto in appello (Sent. n. 7233 del 1994, rv. 487645; Sent. n. 775 del 2003, rv. 559877).

Sempre in linea con il rigoroso sistema di preclusioni previsto dal legislatore del 1973 si pongono la sent. n. 8220 del 2003, rv. 563501, e le successive S.U. del 2004, n. 11353, rv. 574225.

Con le Sezioni Unite sent. n. 8202 del 20 aprile 2005, si risolve il suddetto contrasto giurisprudenziale e si pongono delle soluzioni ermeneutiche che costituiranno punti fermi della successiva evoluzione giurisprudenziale.

Le coordinate indicate dalle Sezioni Unite per individuare su un piano di coerenza logica una indifferenziata soluzione per ogni tipo di prova, ed i termini processuali entro i quali è consentito nel rito del lavoro l'ingresso delle istanze istruttorie e, pertanto, anche la produzione di documenti, possono così sinteticamente riassumersi: a) superamento della differenza tra prove documentali e prove costituenti, posto che l'art. 416 comma terzo stabilisce che il convenuto deve indicare a pena di decadenza i mezzi di prova dei quali intende avvalersi, ed in particolare modo i documenti che deve contestualmente depositare (onere probatorio gravante anche sull'attore per il principio di reciprocità fissato dal giudice delle leggi con la decisione 14 gennaio 1977 n. 13); b) detta norma si combina con l'art. 437, comma secondo (proiezione e specificazione con delle preclusioni già emergenti dall'art. 416, comma terzo,, e 420, comma quinto e settimo, che a sua volta esclude l'ammissione di " nuovi mezzi di prova " (nei quali devono annoverarsi anche i documenti - Cass. 13 dicembre 2000n. 15716; c) tale dato letterale e sistematico induce a ritenere che " l'omessa indicazione, nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, dei documenti e l'omesso deposito degli stessi contestualmente a tale atto, determinano la decadenza del diritto alla produzione dei documenti stessi, salvo che la produzione non sia giustificata dal tempo della loro formazione o dell'evolversi della vicenda processuale successivamente al ricorso ed alla memoria di costituzione (ad esempio a seguito di riconvenzionale o di intervento o chiamata in causa del terzo). Le Sezioni Unite basano tale soluzione ermeneutica sull'assorbente rilievo che, da un lato l'estensione alla produzione documentale delle preclusioni riguardanti gli altri " mezzi di prova " corrisponde ad esigenze processuali improntate a celerità e conformi quindi allo spessore costituzionale dei diritti indisponibili contemplati dal rito del lavoro; dall'altro, tale rigoroso

sistema di preclusioni non pregiudica la ricerca della " verità materiale " cui lo stesso rito del lavoro è doverosamente finalizzato. A conferma di ciò sovengono i poteri di ufficio del giudice del lavoro (artt. 421, comma secondo, e 437 c.p.c.) che incontrano l'unico limite nel non poter essere esercitati con riferimento a fatti non allegati dalle parti o non emersi nell'evoluzione processuale o dal contraddittorio delle parti stesse.

La successiva evoluzione giurisprudenziale ha dato continuità agli approdi interpretativi segnati dalle S.U. con la citata sentenza n.8202 del 2005, ma ha nel contempo evidenziato significativi contrasti su aspetti non approfonditi dalle S.U. in relazione, soprattutto, alle modalità di esercizio dei poteri d'ufficio di cui all'art. 437 c.p.c. . Infatti in linea con le S.U. del 2005 l'orientamento assolutamente prevalente nella più recente giurisprudenza (Sez. L. n. 2379 del 2007; Sez. L. n. 12856 del 2010; Sez. L. n. 18924 del 2012 ; Sez. L. n. 13350 del 2012, Sez. L. n. 18410 del 2013; Sez. n. 900 del 2014 ; Sez.6,L. n. 11968 del 2015,; Sez. L. n. 4464 del 2015; Sez. 6, L. n. 24263 del 2015; Sez. 6, L. n. 17508 del 2014; Sez. L. n. 14820 del 2015) ha ribadito la possibilità per il giudice d'appello, di esercitare i poteri officiosi di cui all'art. 437 c.p.c. in tutti i casi in cui questi siano diretti al definitivo accertamento di fatti costitutivi (o impeditivi, estintivi ecc.) allegati nel giudizio di primo grado e, se pure in modo incompleto, risultanti da mezzi di prova già dedotti ritualmente in quel giudizio (c.d. piste probatorie o di indagine), " secondo la sequenza : prova documentale - prova documentale", e nell'ipotesi di produzione successiva dei documenti giustificata dal tempo della loro formazione o dall'evolversi della vicenda processuale successivamente al ricorso (memoria di costituzione o domanda riconvenzionale). Risulta invero isolato quell'orientamento (Cass. n. 6498/11, n. 13353/12, n. 13432/13) che ha ritenuto l'ammissibilità anche d'ufficio di nuovi documenti ritenuti idonei a fornire un contributo decisivo all'accertamento della verità materiale perché idonei a condurre ad esito " necessario" della controversia a prescindere del loro collegamento con altri elementi e da altre indagini

Sulle modalità di esercizio dei poteri officiosi, permangono, come dianzi evidenziato, posizioni contrastanti sulle seguenti fattispecie : a) se l'integrazione probatoria possa essere disposta del giudice d'appello in mancanza di specifica richiesta di parte; b) se sia necessaria la motivazione nel caso di mancata attivazione dei poteri istruttori d'ufficio.

In merito al primo punto è d'uopo segnalare che mentre Sez. L. n. 2908 del 2015; Sez. L. n. 12704 del 2012; Sez. 6 - L. n. 15517 del 2013, Sez. L. n. 22534 del 2014; Sez. L. n. 14930 del

2003; Sez. L. n. 17102 del 2009; Sez. L. n. 6023 del 2009, affermano che l'esercizio dei poteri officiosi in appello debba essere oggetto di specifica richiesta di parte, altre pronunce (Sez. L. n. 29006 del 2008; Sez. L. n. 3018 del 2009; Sez. 6 - L. n. 3027 del 2016, Sez. L. n. 18.924 del 2012; Sez. 6 - L. n. 23028 del 2014) sostengono la doverosità di attivare i poteri d'ufficio in appello anche in assenza di specifica richiesta di parte.

Per quanto riguarda l'ambito motivazionale di cui al punto b) che precede, va segnalato che Sez. 6 - L. n. 1704 del 2015 richiamando un precedente delle S.U. (sent. n. 11353 del 2004) ha precisato che il giudice del lavoro qualora reputi di far ricorso all'uso dei poteri istruttori ovvero, nonostante la specifica richiesta di una delle parti, ritenga di non farvi ricorso, non possa esimersi dall'obbligo di fornire adeguata motivazione sull'esercizio o sul mancato esercizio di tale potere. Di contrario avviso risultano Sez. 6 - L. n. 26116 del 2014, secondo la quale " mentre deve esserci sempre la specifica motivazione dell'attivazione dei poteri istruttori d'ufficio ex art. 421 c.p.c. , invece il mancato esercizio di questi va motivato soltanto in presenza di circostanze specifiche che rendono necessario l'integrazione probatoria ", e Sez. 6 - L. n. 21088 del 2013 che ritiene l'ammissione probatoria d'ufficio desumibile implicitamente dal fatto acquisitivo dei documenti allegati dalle parti.

Sul punto per completezza di disamina va richiamato quell'orientamento giurisprudenziale consolidato (Sez. L. n. 12132 del 2009) secondo il quale , l'attivazione dei poteri istruttori d'ufficio risulta preclusa dalla formazione del giudicato interno, nel caso in cui non sia stato proposto specifico motivo di appello in ordine alla sussistenza dei fatti costitutivi del diritto azionato.

3. Osservazioni conclusive.

Sulla problema generale inerente i presupposti dell'esercizio dei poteri istruttori officiosi, pare assolutamente condivisibile l'orientamento giurisprudenziale consolidatosi a partire dalle S.U. n. 8202 del 2005. Tale orientamento si fonda sul dato testuale e sistematico ricavabile dal combinato disposto degli art. 421 e art. 437 c.p.c., ed inoltre pare meglio corrispondere al principio generale, operante anche nel rito del lavoro, in base al quale da un lato il giudice è vincolato solo dalle allegazioni delle parti, e dall'altro dall'impossibilità di supplire alla carenza di deduzioni probatorie . Di conseguenza i fatti costitutivi e la documentazione prodotta unitamente al ricorso introduttivo possono costituire elemento di prova utile per l'esercizio dei poteri officiosi

istruttori nell'ipotesi, anche, di sopravvenienze processuali conseguenti ad accertamenti intervenuti rispetto al tempo di presentazione della domanda (si consideri il caso, nelle controversie previdenziali, dei requisiti sanitari accertati nel corso del processo).

Sul secondo punto controverso concernente la possibilità di integrazione probatoria d'ufficio in sede d'appello, senza la previa richiesta di parte, pare condivisibile quell'orientamento che ritiene esercitabile il potere istruttorio d'ufficio anche in assenza di specifica istanza di parte. A ciò conduce sul piano logico-interpretativo la considerazione che ritenere subordinato ad una richiesta di parte l'intervento probatorio ufficioso finirebbe per svuotare di contenuto la previsione letterale dell'art. 421, secondo comma, c.p.c. , in base al quale il giudice " può altresì disporre d'ufficio in qualsiasi momento l'ammissione di mezzi di prova, anche fuori dai limiti stabiliti dal codice civile, ad eccezione del giuramento decisorio....", e sul piano dei principi generali inibirebbe l'esercizio dei poteri officiosi del giudice , poteri strumentali rispetto alla tutela di diritti aventi rilevanza costituzionale. Ed è peraltro in conseguenza di ciò che l'esercizio del potere istruttorio d'ufficio " in qualsiasi momento" trova limite nel rispetto del principio del contraddittorio sotto un duplice profilo: che il giudice non può ordinare l'ammissione di prove prima dell'udienza e che non può per altro verso disporre prove senza che le parti possano contrapporvi nuove deduzioni probatorie . Per quanto attiene il problema della motivazione dell'esercizio del potere istruttorio d'ufficio, in linea con la giurisprudenza maggioritaria ed in ossequio con i canoni costituzionali (art. 111, sesto comma) occorre distinguere fra tre diverse fattispecie : a) esercizio del potere officioso senza richiesta di parte; b) mancanza dell'esercizio del potere di ufficio in presenza di istanza specifica; c) mancanza dell'esercizio officioso di poteri in assenza di richiesta di parte.

In entrambe le prime due ipotesi pare conforme a corrette valutazioni interpretative, costituzionalmente orientate, ritenere necessaria l'esplicitazione delle ragioni che hanno determinato l'esercizio dei poteri " officiosi" , con esclusione della doverosità della motivazione in assenza di espressa richiesta di parte nella terza ipotesi considerata.

ENRICO MENGONI

Ne bis in idem in materia tributaria e giurisprudenza sovranazionale: una questione ancora aperta

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La sentenza Grande Stevens della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo. – 3. Le questioni sollevate dai giudici di merito innanzi alle Corti. – 4. La giurisprudenza della Corte di cassazione in materia. - 4.1 Le Sezioni semplici. – 4.2 Le Sezioni Unite.

1. Premessa.

Il rapporto tra giudice nazionale e giudice comunitario/convenzionale ha acquisito negli ultimi anni un rilievo sempre maggiore, destinato peraltro ad accrescere in ragione della via via più forte incidenza del diritto sovranazionale sulla produzione e sull’interpretazione della legislazione interna; al riguardo, non risulta casuale che questo corso si apra con due relazioni proprio su questo tema, così come non è casuale che presso la Corte di cassazione vengano organizzati sempre più numerosi incontri di studio ed approfondimento riguardanti - per l’appunto - il “dialogo” tra le Corti, che costituisce ormai non un’ipotesi di studio, da affrontare con approccio meramente accademico, ma una tematica oltremodo concreta, che si arricchisce costantemente di nuovi indirizzi e nuove questioni, con incidenza immediata sulle soluzioni che il giudice interno è chiamato a fornire nella decisione del caso concreto.

In questo contesto, i reati tributari rappresentano un ambito nel quale – soprattutto negli ultimissimi anni – è stata ripetutamente vagliata la compatibilità dell’ordinamento interno con quello comunitario e convenzionale¹⁵¹, attraverso “sollecitazioni” che il giudice nazionale ha fornito alla Corte costituzionale (e – si vedrà - non solo), così come attraverso un dibattito dottrinario ancor più diffuso, attento e partecipe¹⁵²; ciò, peraltro, a fronte di una giurisprudenza sovranazionale, per un verso, particolarmente abbondante e di continuo arricchita da nuove

G.M. FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *Dir. Pen. cont.*, parla di «un terreno elettivo di applicazione del regime del cumulo tra sanzioni penali e sanzioni amministrative per il medesimo fatto».

M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, in *Diritto penale contemporaneo*, sostiene che «Il settore tributario, accanto a quello degli abusi di mercato, rappresenta quindi una sorta di laboratorio sperimentale dal quale potrebbe emergere una razionalizzazione dell’intero sistema repressivo fondata su un elementare principio di giustizia ed equità», ossia il *ne bis in idem*.

pronunce e, per altro verso, connotata da un tipico e rigoroso approccio pragmatico, che tende a scalfire – o, quantomeno, contrastare – talune costruzioni dogmatiche “astratte” di frequente ideazione ed applicazione nella giurisprudenza e nella dottrina interne al nostro sistema.

Nell’ambito dei reati tributari, poi, una delle questioni sulle quali risulta più viva l’attenzione è quella del *ne bis in idem*; questione originata dal cd. doppio binario (amministrativo e penale) che assiste l’imposizione tributaria nel nostro ordinamento, e due anni fa affrontata – come noto – dalla ormai celeberrima sentenza *Grande Stevens c. Italia* della Corte Edu del 4/3/2014; pronuncia che ha suscitato un acceso dibattito dottrinario e che ha spinto il giudice nazionale – e, a mio avviso, sempre più lo indurrà anche nei mesi a venire – ad interrogarsi sulla compatibilità, costituzionale o comunitaria/convenzionale, del doppio giudizio e della doppia sanzione che il nostro ordinamento ad oggi consentono.

Ebbene, ritengo che il tema possa esser affrontato – con un qualche profilo di utilità per chi mi legge – proprio attraverso una rapida rassegna degli ultimi e più rilevanti arresti giurisprudenziali, di merito e di legittimità, che hanno “messo a nudo” il difficile rapporto tra disciplina tributaria e principio del *ne bis in idem*; rapporto che, peraltro, aveva vissuto “sonni tranquilli” per molti anni, senza alcun brusco “risveglio”, quasi relegando la questione a momento marginale del dibattito, perché ormai cristallizzato su un giudizio di piena compatibilità della disciplina vigente.

2. La sentenza Grande Stevens della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo.

Quale era la questione sottoposta alla Corte europea dei Diritti dell’Uomo? E’ certamente ben nota, ma forse può esser opportuno ricordarla con poche battute.

I ricorrenti – l’Avv. Grande Stevens ed altri soggetti, comprese talune società – si erano visti irrogare dalla Consob sanzioni amministrative pecuniarie (di importo variabile) con riguardo alla violazione dell’articolo 187 *ter* punto 1 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, in materia di “manipolazione del mercato”¹⁵³; sanzioni poi solo parzialmente ridotte in sede di appello e, in via definitiva, confermate dalla Corte di Cassazione. Successivamente, era stato iscritto un

¹⁵³ “Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 20.000 a euro 5.000.000 chiunque, tramite mezzi di informazione, compreso internet o ogni altro mezzo, diffonde informazioni, voci o notizie false o fuorvianti che forniscano o siano suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari”.

procedimento penale a carico dei medesimi soggetti e per le stesse violazioni (con riferimento all'art. 185, punto 1, d. lgs. n. 58 del 1998¹⁵⁴), nel quale la citata Consob si era peraltro costituita parte civile; giudizio, anche questo, definito in Corte di appello e, di seguito, innanzi alla Corte di cassazione.

I ricorrenti avevano dunque contestato la violazione dell'art. 4, prot. 7 della Convenzione Edu - a mente del quale *“Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato”* - assumendo di aver subito una sanzione penale all'esito del procedimento dinanzi alla CONSOB, e di esser poi stati oggetto di un'azione penale per gli stessi fatti.

Orbene, quale la risposta fornita dalla Corte Edu?

La sentenza – richiamando sul punto la causa Sergey Zolotukhin¹⁵⁵ – ha affermato che l'articolo 4 del Protocollo n. 7 citato deve essere inteso nel senso che esso vieta di perseguire o giudicare una persona per un secondo «illecito nella misura in cui alla base di quest'ultimo vi sono fatti che sono sostanzialmente gli stessi», e che, pertanto, «la Corte deve esaminare la causa dal punto di vista dei fatti descritti nelle suddette esposizioni, che costituiscono un insieme di circostanze fattuali concrete a carico dello stesso contravventore e indissolubilmente legate tra loro nel tempo e nello spazio».

Un accertamento del tutto empirico, dunque, volto non a verificare se vi sia coincidenza tra gli elementi costitutivi degli illeciti, intesi come fattispecie positivamente definite (ma, allo stato, ancora “astratte”), ma se vi sia sovrapposibilità tra i fatti oggetto della prima e seconda contestazione, perché riconducibili alla medesima condotta.

¹⁵⁴ “Chiunque diffonde notizie false o pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari, e' punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro ventimila a euro cinque milioni”.

¹⁵⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sent. 10 febbraio 2009. A partire da questa sentenza, la Corte di Strasburgo ha elaborato un'interpretazione uniforme del concetto di “*same offence*”: se il confronto tra norme fosse di tipo logico-formale come avviene per il principio di specialità, in relazione al quale si pone l'accento sulla struttura legale astratta della fattispecie (*legal characterisation*), ciò rischierebbe di indebolire la garanzia di cui all'art. 4, prot. n. 7 della Convenzione. Per questo motivo, secondo la Corte, il metro di valutazione del principio del *ne bis in idem* non può essere l'astratta previsione legislativa, bensì il fatto nella sua concreta materialità.

Verifica all'esito della quale la Corte ha quindi concluso che «si tratta chiaramente di una unica e stessa condotta da parte delle stesse persone alla stessa data»¹⁵⁶ e che, pertanto, vi è stata violazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 7.

Con questa pronuncia, quindi, la Corte Edu ha ribadito la lettura ormai costantemente offerta della norma da ultimo citata, che si muove lungo due capisaldi:

a) da un lato, quello per cui il termine "reato" deve essere inteso con riguardo alla *condotta* - nei suoi concreti elementi spaziali e temporali - che costituisce il presupposto della sanzione, e non già alla sua *qualificazione normativa*, che non assume carattere vincolante;

b) dall'altro, quello per cui l'espressione "assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale" dello Stato deve essere interpretata con riferimento non solo alle sentenze e agli altri provvedimenti definitivi resi nell'ambito di un procedimento qualificabile come *penale* secondo l'ordinamento nazionale, ma anche con riguardo a tutti quei provvedimenti che, statuendo sulla responsabilità dell'individuo ai fini della eventuale inflizione di una sanzione di carattere *punitivo* nei suoi confronti per il medesimo fatto storico, abbiano natura *sostanzialmente penale*, secondo l'autonomo apprezzamento della Corte di Strasburgo ed in base ai noti criteri elaborati a partire dalla storica sentenza *Engel* in poi¹⁵⁷.

Ossia, in forza del criterio formale della "qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale", ovvero di quelli sostanziali – tra loro alternativi - della "natura dell'illecito" e della "natura nonché nel grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere"; ciò che permette di comprendere se si verta o meno in *matière penale*.

Un ambito di applicazione del *ne bis in idem*, dunque, molto più vasto e – mi si consenta - “concreto” di quello ammesso dall'art. 649 cod. proc. pen., a mente del quale, come a tutti voi noto, “L'imputato proscioltto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze”.

¹⁵⁶ Con la precisazione, peraltro, che «la stessa corte d'appello di Torino, nelle sentenze del 23 gennaio 2008, ha ammesso che gli articoli 187 ter e 185 punto 1 del decreto legislativo n. 58 del 1998 avevano ad oggetto la stessa condotta, ossia la diffusione di false informazioni. Di conseguenza, la nuova azione penale riguardava un secondo «illecito», basato su fatti identici a quelli che avevano motivato la prima condanna definitiva».

¹⁵⁷ Cedu, sent. 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*. Negli stessi termini, si vedano anche, tra le altre, Cedu, sent. 20 maggio 2014, *Nykämen c. Finlandia* e Cedu, sent. 10 febbraio 2015, *Kiiveri c. Finlandia*. In dottrina, tra i molti, F. VIGANO', *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia*, in *Diritto penale contemporaneo* del 28 settembre 2015.

Orbene, proprio in forza di questi principi, e di questo precedente così rilevante, poi seguito da molti altri¹⁵⁸, il giudice interno italiano si è allora posto il dubbio se l'attuale disciplina tributaria – con il citato sistema del doppio binario – violi il canone del *ne bis in idem* come appena richiamato; dubbio che – come già accennato - negli ultimi mesi si è evidenziato come sempre più pressante¹⁵⁹ e che merita di esser brevemente richiamato nelle sue principali espressioni.

3. Le questioni sollevate dai giudici di merito innanzi alle Corti.

Tra i provvedimenti più interessanti al riguardo, occorre innanzitutto sottolineare quello del Tribunale di Bologna (ord. 21 aprile 2015), che ha sollevato questione di costituzionalità dell'art. 649 cod. proc. pen. per contrasto con l'art. 117, comma 1 Cost., in riferimento all'art. 4 Prot. 7 CEDU citato.

Il Tribunale, in sintesi, ha chiesto lo scioglimento dell'antinomia tra il diritto nazionale - che non prevede alcun divieto di celebrare un processo penale per fatti già sanzionati in via definitiva nell'ambito di un procedimento formalmente qualificato come amministrativo (ancorché di natura sostanzialmente punitiva, secondo i summenzionati criteri elaborati dalla Corte EDU) - e l'art. 4 Prot. 7 CEDU, che – come sopra richiamato - sancisce invece a livello europeo il diritto al *ne bis in idem* in una estensione assai più vasta di quella riconosciuta dalla giurisprudenza nazionale in sede di interpretazione dell'art. 649 cod. proc. pen..¹⁶⁰

Il caso in esame riguardava l'omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto da parte dell'imprenditore, dal quale erano originati due procedimenti distinti: l'uno in ambito tributario,

¹⁵⁸ Tra le numerosissime, tutte costanti, si richiama la causa *Lucky Dev c. Svezia*, conclusa con sentenza del 27/11/2014; nell'occasione, la Corte europea, risolto il problema preliminare relativo alla natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa comminata alla ricorrente per evasione dell'IVA, ha affrontato la questione relativa alla violazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU e, richiamando la precedente pronuncia della Grande Camera nella causa *Sergey Zolotukhin c. Russia*, ha affermato che il criterio discrezionale da applicare ai fini del vaglio del rispetto del principio del *ne bis in idem* è la "sostanziale identità dei fatti contestati", avuto riguardo alla "inestricabilità nel tempo e nello spazio" delle "concrete circostanze" che coinvolgono il medesimo imputato, sottoposto a secondo procedimento penale (paragrafo 58), quando il primo è già concluso con pronuncia irrevocabile (paragrafo 56).

¹⁵⁹ Ciò, peraltro, anche con riguardo alla medesima materia di cui alla "Grande Stevens", oggetto di due questioni di costituzionalità sollevate dalla Corte di cassazione, sezione Tributaria, con ordinanza del 6/11/2014, e dalla quinta sezione, con ordinanza del 15/1/2015, entrambe dichiarate inammissibili con sentenza n. 102 depositata il 12/5/2016; la Consulta, infatti, ha ravvisato, nell'un caso, una questione formulata in maniera dubitativa e perplessa e, nell'altro caso, un'analogia perplessità in punto di non manifesta infondatezza dell'eccezione.

¹⁶⁰ F. VIGANO', *loc. ult. cit.*

per violazione dell'art. 13 d. lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, l'altro di carattere penale, *ex art. 10-ter* d. lgs. 10 marzo 2000, n. 74. L'imputato - rinviato a giudizio con riguardo a quest'ultima violazione – aveva allora eccepito il divieto di proseguire l'azione, producendo prova – orale e documentale – dell'avvenuto versamento da parte sua della imposta evasa, degli interessi e delle soprattasse nella misura del 30% del dovuto (a fronte di un debito con l'erario di € 378.180,71, aveva infatti pagato, a chiusura di ogni pendenza con il fisco, € 450.797, 20).

Quali gli argomenti spesi dal Tribunale remittente?

Il Giudice, in prima battuta, ha preso atto della impossibilità di interpretare in maniera convenzionalmente orientata l'art. 649 cod. proc. pen., in quanto la disposizione riguarderebbe soltanto le sentenze del giudice penale; di seguito, ha richiamato la giurisprudenza della Corte costituzionale sul valore della CEDU nel sistema italiano quale fonte interposta, idonea a dar vita a questione di legittimità nell'ipotesi di contrasto insanabile tra la legge ordinaria e la Convenzione come interpretata dalla Corte di Strasburgo. Infine, applicando al caso l'indirizzo intrapreso dal giudice sovranazionale in materia di *ne bis in idem*, a partire dalla citata sentenza *Grande Stevens*, ha riconosciuto, da un lato, natura sostanzialmente penale alle sanzioni tributarie previste dall'art. 13 d. lgs. 471/1997, e, dall'altro, l'identità del fatto colpito dalla previsione tributaria e da quella incriminatrice *ex art. 10-ter* d. lgs. n. 74/2000. Dunque, «considerato come non sia possibile nelle previsioni del d. lgs. n. 74/2000 individuare soluzioni ermeneutiche tali da consentire di precludere la doppia punizione – in parte a causa della formulazione testuale delle singole disposizioni, in parte in ragione del diritto vivente formatosi nella materia – decide di rimettere al giudice delle leggi, per violazione dell'art. 117 comma 1 Cost., la questione sull'art. 649 c.p.p., nella parte in cui non preclude un secondo giudizio *ex art. 10-ter* d. lgs. n. 74/2000 ove l'imputato sia già stato condannato in sede tributaria in ragione dell'art. 13 d. lgs. 471/1997¹⁶¹».

¹⁶¹ Negli stessi termini, e con la medesima conclusione, Trib. Torino, ord. 24 luglio 2015, in relazione al processo cd. "Eternit-bis". Sviluppa gli stessi argomenti, ma giunge ad una diretta applicazione dell'art. 4, Prot. 7 in esame, provvedendo a prosciogliere ai sensi dell'art. 649 cod. proc. pen., Trib. Asti, sent. 10 aprile 2014; nel caso in esame, l'imputazione aveva ad oggetto l'art. 5, d. lgs. n. 74 del 2000, posto "a raffronto" con il d. lgs. n. 471 del 1997. In termini analoghi, Trib. Terni, sent. 12 giugno 2015, che – a fronte di un'imputazione *ex art. 10-ter*, d. lgs. n. 74 del 2000 – ha prosciolto l'imputato sul presupposto che «il principio del *ne bis in idem* costituisce ormai un diritto fondamentale e comune ad ogni cittadino europeo, avendo la forza di dispiegare i suoi effetti nel territorio di tutti gli Stati-membro dell'UE, attesa la natura di fonte primaria sia della Convenzione Europea per i Diritti dell'uomo, che dei suoi Protocolli, che dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali». A parere di chi scrive, però, attraverso l'art. 117 Cost., le norme della CEDU si collocano, nella gerarchia delle fonti, tra la Costituzione e la legge ordinaria, come fonti convenzionali interposte, integratrici del parametro costituzionale: con le celeberrime sentenze "gemelle" nn.

In termini assai simili, ma con una sostanziale differenza “operativa”, si è poi orientato il Tribunale di Bergamo (ord. 16 settembre 2015), ancora con riguardo all’art. 10-ter, d. lgs. n. 74/2000; il caso risulta perfettamente sovrapponibile al precedente, con la presenza di un imputato che aveva già definito la pendenza tributaria in ordine alla medesima omissione, avendo versato il *dovutum* e l’aggravio del 30%. Caso che, peraltro, aveva ad oggetto la medesima persona fisica colpita dalla doppia sanzione – quale imputato nel procedimento penale ed imprenditore individuale innanzi all’amministrazione finanziaria – a differenza del caso di cui al Tribunale di Bologna, sopra accennato, nel quale il soggetto rispondeva in sede penale quale legale rappresentante di una persona giuridica (fattispecie, quest’ultima, che pone l’ulteriore questione – risolta negativamente dalla giurisprudenza di legittimità - se possa ravvisarsi il *ne bis in idem* nonostante la diversità dei soggetti colpiti, rispettivamente, dalla sanzione tributaria e dal procedimento penale¹⁶²).

La “differenza operativa” cui si è accennato, di notevole rilievo pratico, risiede nel fatto che – contrariamente al Giudice bolognese – il Tribunale lombardo ha investito della questione non la Corte costituzionale, ma direttamente la Corte di Giustizia di Lussemburgo, attraverso lo strumento della questione pregiudiziale di interpretazione. Quel che è stato possibile alla luce della “rilevanza comunitaria” dell’i.v.a. (una parte del cui gettito entra nelle casse dell’Unione) e, soprattutto, della sua evasione, come più volte sostenuto dalla Corte di giustizia con le sentenze Fransson e, per l’appunto, Taricco; d’altronde, è noto che l’operatività della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione è subordinata proprio alla condizione che la materia in esame ricada nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione ai sensi dell’art. 51 CDFUE.

348 e 349 del 2007, la Corte Costituzionale ha precisato che le disposizioni della CEDU, nell’interpretazione che ad esse attribuisce la Corte europea, non sono direttamente applicabili negli Stati contraenti ma integrano uno degli obblighi internazionali cui si riferisce il precetto costituzionale. Ne consegue che il ritenuto contrasto tra la norma nazionale e la norma della CEDU, che non sia risolvibile in via ermeneutica, non può essere risolto dal giudice nazionale disapplicando la norma interna, ma deve essere fatto oggetto di una questione di legittimità costituzionale.

¹⁶² Sez. 3, n. 9224 del 27/5/2015, Saldimpianti Costruzioni Mechanical Assembly s.r.l., *non massimata*, a mente della quale tale disposizione trova applicazione solo nella ipotesi in cui del medesimo fatto sia chiamato a rispondere lo stesso autore, nel senso, cioè, che occorre anche una identità soggettiva passiva del destinatario della sanzione; in termini analoghi, Sez. 3, 24/10/2014 n. 43809, Gabbana e altri, Rv. 265118, ha affermato che «non sussiste la preclusione all’esercizio dell’azione penale di cui all’art. 649 cod. proc. pen., quale conseguenza della già avvenuta irrogazione, per lo stesso fatto, di una sanzione formalmente amministrativa ma avente carattere sostanzialmente “penale” ai sensi dell’art. 7 CEDU, allorché non vi sia coincidenza fra la persona chiamata a rispondere in sede penale e quella sanzionata in via amministrativa».

Una questione – quella sollevata dal Tribunale di Bergamo - che, all’evidenza, non ha dunque ad oggetto né l’art. 649 cod. proc. pen. (riferimento “naturale” in tema di *ne bis in idem* sostanziale) né il più volte citato art. 4 Prot. 7 CEDU (che – come noto - la Corte di giustizia non è competente a interpretare, non trattandosi di una norma di diritto dell’Unione), ma l’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione, “proclamata solennemente” – come recita l’intestazione – dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione; norma – si badi bene - direttamente applicabile nell’ordinamento nazionale, e destinata ipso iure a prevalere sul diritto interno contrastante in forza del principio del primato del diritto dell’Unione.

Ebbene, l’art. 50 CFDEU (*Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato*) stabilisce che “Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell’Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge”; di fatto, lo stesso testo di cui al citato art. 4 Prot. 7 CEDU.

“Vicinanza” testuale che, peraltro, diventa anche “aderenza interpretativa” in ragione del successivo art. 52, comma 3 della stessa CFDEU, a mente del quale “*laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione* (per come interpretata dalla Corte di Strasburgo, *n.d.e.*). La presente disposizione non preclude che il diritto dell’Unione conceda una protezione più estesa”.

Richiamo all’art. 52 che, dunque, deve essere inteso come richiamo anche alle norme dei suoi protocolli (tra cui dunque l’art. 4 Prot. 7), e che si estende anche all’interpretazione fornita a queste norme dalla Corte EDU (che è il giudice ultimo della Convenzione e dei suoi protocolli, ai sensi dell’art. 32 CEDU); ed ecco, dunque, che la copiosissima giurisprudenza di questa Corte in tema di interpretazione di diritti – compreso, per certo, quello al *ne bis in idem* – “entra in gioco” anche nel diverso, ma in tal caso non troppo distante, ambito del diritto dell’Unione¹⁶³.

¹⁶³ Sintetizzando, secondo F. VIGANO’, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e per i giudici italiani*, in *Diritto penale contemporaneo: il diritto riconosciuto dall’art. 50 CFDEU* deve essere letto in conformità alla giurisprudenza di Strasburgo formatasi in materia di art. 4 Prot. 7 CEDU; e dunque come preclusivo di un secondo giudizio, ogniquale volta il medesimo fatto storico sia già stato sanzionato in via definitiva in esito a un procedimento che, pur *formalmente* qualificato come amministrativo, abbia nella *sostanza* natura penale. L’A., peraltro, evidenzia che «l’individuazione nell’art. 50 CFDEU di una nuova, e distinta, base giuridica per l’ipotesi di *ne bis in idem* che viene qui in considerazione non risponde, d’altra parte, ad una mera logica

Di certo, come affermato da autorevole dottrina¹⁶⁴, «la giurisprudenza di Strasburgo in materia di *ne bis in idem*, cresciuta esponenzialmente negli ultimissimi anni, rappresenta un'autentica spina nel fianco per la Corte di giustizia, preoccupata di imporre agli Stati membri obblighi di tutela non solo (genericamente) efficace, proporzionata e dissuasiva degli interessi finanziari dell'Unione, ma anche obblighi di tutela specificamente *penale*, quanto meno nei casi più gravi di frodi o altri illeciti lesivi del bilancio dell'Unione: come quelli, per l'appunto, che derivano dall'evasione dell'IVA. La Grande Sezione della Corte di giustizia lo ha ribadito proprio nella sentenza *Taricco* sopra citata¹⁶⁵: dall'art. 325 TFUE, letto alla luce del principio di leale cooperazione tra Unione e Stati membri di cui all'art. 4 § 3 TFUE, deriva un preciso obbligo di prevedere (e concretamente applicare!) anche sanzioni penali contro gli autori di reati gravi che si traducano in pregiudizio agli interessi finanziari dell'Unione»¹⁶⁶.

analitico-classificatoria. A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, infatti, la Carta è divenuta parte integrante del diritto primario dell'Unione, avendo acquisito – come recita l'art. 6 § 1 TUE – “lo stesso valore giuridico dei trattati”: con conseguente assunzione dei caratteri di primazia sullo stesso diritto nazionale caratteristico della normativa dell'Unione, che ne comporta il possibile effetto diretto nelle controversie pendenti avanti il giudice nazionale, eventualmente previa disapplicazione di eventuali norme interne contrastanti. E l'art. 50 CDFUE – si noti – possiede tutte le caratteristiche per produrre un tale effetto, trattandosi di norma precisa, a contenuto negativo, incondizionata, che non presuppone necessariamente atti di implementazione da parte dello Stato membro».

¹⁶⁴ F. VIGANO', *Ne bis in idem*, cit.

¹⁶⁵ Afferma la “*Taricco*”, ai §§ 39-40: «Se è pur vero che gli Stati membri dispongono di una libertà di scelta delle sanzioni applicabili, che possono assumere la forma di sanzioni amministrative, di sanzioni penali o di una combinazione delle due, al fine di assicurare la riscossione di tutte le entrate provenienti dall'IVA e tutelare in tal modo gli interessi finanziari dell'Unione conformemente alle disposizioni della direttiva 2006/112 e all'articolo 325 TFUE (v., in tal senso, sentenza *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105, punto 34 e giurisprudenza ivi citata), possono tuttavia essere indispensabili sanzioni penali per combattere in modo effettivo e dissuasivo determinate ipotesi di gravi frodi in materia di IVA. Occorre del resto ricordare che, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, della Convenzione PIF, gli Stati membri devono prendere le misure necessarie affinché le condotte che integrano una frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione siano passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che comprendano, almeno nei casi di frode grave, pene privative della libertà».

¹⁶⁶ Proprio in ragione della particolare ottica attraverso la quale si muove la Corte di Giustizia, e tenuto presente che non tutti gli Stati dell'Unione hanno ratificato il Prot. 7 della Cedu, è possibile comprendere perché la Corte di giustizia abbia adottato nella citata sentenza *Fransson* una linea cauta e, sinceramente, non del tutto chiara: da un lato, ha affermato che l'art. 50 CDFUE è norma di diritto primario dell'Unione, idonea a essere direttamente applicata dal giudice nazionale nella controversia pendente avanti a sé senza necessità (né possibilità) di alcun coinvolgimento della rispettiva corte costituzionale; ma, dall'altro, ha stabilito l'ambiguo principio secondo cui l'art. 50 CDFUE «non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di imposta sul valore aggiunto, una sanzione tributaria e successivamente una sanzione penale, qualora la prima sanzione non sia di natura penale, circostanza che dev'essere verificata dal giudice nazionale». Nel caso in cui, infatti, la “sovrattassa” amministrativa sia di natura penale, ai sensi dell'articolo 50 della Carta, e sia divenuta definitiva, tale disposizione osta a che procedimenti penali per gli stessi fatti siano avviati nei confronti di una stessa persona».

Ciò premesso, e proprio in ragione di questo “legame” in materia tra le Corti sovranazionali, il Tribunale di Bergamo ha ripercorso la giurisprudenza della Corte EDU sul punto, costante nel riconoscere natura *punitiva* a tutti quei provvedimenti, pur irrogati dal potere esecutivo, con i quali si infligge al contribuente una sanzione ulteriore rispetto al recupero dei tributi evasi e ai relativi interessi, anche laddove gli importi della sovrattassa siano nel caso concreto modesti; ne deriva – a parere del remittente - che non risulta dunque revocabile in dubbio la natura di misura “sostanzialmente penale” di una sanzione, pur inflitta dall'amministrazione tributaria in esito a un procedimento formalmente amministrativo, pari al 30% dell'importo IVA evaso.

Ancora, il Tribunale ha evidenziato (e tra poco si evidenzierà il motivo di tale precisazione) il diverso momento di perfezionamento dell'illecito tra le due previsioni normative (scadenza del termine mensile o trimestrale scelto dal contribuente per il versamento dell'IVA, quanto all'art. 13; termine annuale per il versamento dell'acconto relativo al periodo di imposta successiva, quanto all'art. 10-ter). Diverso termine che, all'evidenza, comporta che non coincidano gli importi dovuti alle singole scadenze mensili o trimestrali e quello dovuto globalmente l'anno successivo per evitare la realizzazione del delitto di cui all'art. 10-ter. Orbene, ciò non è stato ritenuto decisivo ai fini dell'operatività della garanzia del *ne bis in idem* convenzionale, nel senso di escluderlo: la condotta costitutiva dell'illecito penale – si è sostenuto - ha infatti ad oggetto il mancato pagamento - entro un termine, per così dire, 'di grazia' concepito dal legislatore per dare un'ultima opportunità al contribuente - di un importo che risulta, puramente e semplicemente, dalla somma degli importi dovuti alle singole scadenze relative all'anno fiscale precedente¹⁶⁷.

Dal che il quesito posto alla Corte di Giustizia, ossia «*se la previsione dell'art. 50 CDFUE, interpretato alla luce dell'art. 4 Prot. n. 7 CEDU e della relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, osti alla possibilità di celebrare un procedimento penale avente ad oggetto un fatto (omesso versamento IVA) per cui il soggetto imputato abbia riportato sanzione amministrativa irrevocabile*».

Quale risposta è stata fornita dalle Corti in tal modo sollecitate?

¹⁶⁷ Come ben evidenziato, peraltro, dal fatto che la somma contestata ai sensi dell'art. 10-ter citato, pari a 280.000 euro, si è tradotta – in sede amministrativa – in una sovrattassa di 84.000 euro, che del primo importo costituisce proprio il 30% di cui all'art. 13, d. lgs. n. 471 del 1997.

Quanto alla Corte costituzionale, con riguardo alla questione sollevata dal Tribunale di Bologna il 21/4/2015, è stata disposta la restituzione degli atti alla luce delle novità introdotte dal d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158; in particolare - in ordine agli artt. 10-ter e 13 del d.lgs. n. 74 del 2000 – novità consistenti nell'introduzione di una causa di non punibilità per il caso del pagamento dell'imposta dovuta e delle sanzioni amministrative, sicché «spetta al Giudice rimettente valutarne le complesse ricadute nel giudizio a quo, specie in termini di rilevanza» (Ordinanza n. 112 del 20/5/2016).

Quanto alla Corte di Giustizia, invece, ancora nulla è dato conoscere.

4. La giurisprudenza della Corte di cassazione in materia.

Appare utile, a questo punto dell'esposizione, esaminare brevemente lo stato della giurisprudenza di legittimità, per valutare se e come la Corte di cassazione abbia affrontato il tema del *ne bis in idem* in materia tributaria.

Quattro, a mio avviso, risultano le sentenze di maggior rilievo, tutte recentissime, che danno conto dell'orientamento fino ad oggi seguito e delle risposte che sono state fornite.

4.1. Le Sezioni semplici.

La prima¹⁶⁸ riguarda un'imputazione *ex art. 10-bis*, d. lgs. n. 74 del 2000, a fronte della quale il ricorrente aveva eccepito la violazione del *ne bis in idem* poiché già amministrativamente sanzionato ai sensi del d. lgs. n. 471 del 1997, art. 13, (con sanzione pari al 30% della somma), negli stessi termini già sopra descritti.

Orbene, la Terza sezione della Corte ha innanzitutto affermato un principio di carattere processuale, di rilievo perché di frequente applicazione nel caso che occupa. Mi limito ad accennarlo: il Collegio ha aderito all'orientamento giurisprudenziale – definito “più avveduto” – secondo cui non è deducibile dinanzi alla Corte di cassazione la violazione del divieto del “*ne bis in idem*”, in quanto è precluso, in sede di legittimità, l'accertamento del fatto, necessario per verificare la preclusione derivante dalla coesistenza di procedimenti iniziati per lo stesso (per l'appunto) fatto e nei confronti della stessa persona, e non potendo la parte produrre documenti

¹⁶⁸ Sez. 3, n. 19334 dell'11/2/2015, Andreatta, Rv. 264810.

concernenti elementi “fattuali”, la cui valutazione è rimessa esclusivamente al giudice di merito¹⁶⁹. Orientamento non isolato¹⁷⁰, ma sul quale esiste in sede di legittimità anche un difforme indirizzo¹⁷¹, del quale la sentenza dà conto.

Di seguito - e comunque verificata, anche a prescindere da quanto premesso, l'inapplicabilità dell'istituto del *ne bis in idem* in ragione della mancanza di prova circa la definitività dell'irrogazione della sanzione amministrativa – la Corte ha però “aperto un varco” sulla questione, affermando che si deve «*riconoscere che, in subiecta materia, il tema sia indubbiamente rilevante, emergendo invero non irrilevanti dubbi di compatibilità con la*

¹⁶⁹ In motivazione, la Corte ha affermato che «Il principio del *ne bis in idem* sostanziale di cui all'art. 649 c.p.p. (che non va confuso con il principio del *ne bis in idem* processuale previsto dall'art. 669 c.p.p.) non trova una copertura testuale nella Costituzione italiana, bensì nelle fonti internazionali di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell'uomo (in particolare: art. 4 1, VII Protocollo, della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e l'art. 14, 7 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici). Infatti, due sono le principali e più dirette conseguenze della irrevocabilità della sentenza: 1) una negativa, ed è il divieto di un secondo giudizio per lo stesso fatto quando una persona è stata, in relazione ad esso, già condannata o prosciolta; 2) l'altra, positiva, è la forza esecutiva della decisione. Il disposto di cui all'art. 649 c.p.p., ha un'efficacia preclusiva, impedisce cioè la celebrazione di un nuovo processo per il medesimo fatto che sia già oggetto di una decisione irrevocabile ed impone al giudice di pronunciare in ogni stato e grado del processo sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere ex art. 129 c.p.p.. È evidente, dunque, che al fine di poter dichiarare come esistente un divieto di secondo giudizio è necessario il soddisfacimento di ambedue i requisiti sopra descritti. Ed è altrettanto evidente che, soprattutto al fine di accertare la esistenza del primo di essi (ossia che si tratti del "medesimo fatto"), è necessario lo svolgimento di apprezzamenti fattuali che esulano dalle possibilità di accertamento "fattuale" consentite alla Suprema Corte di Cassazione nei casi indicati dall'art. 606 c.p.p., lett. c). Il principio, sostenuto dall'orientamento disatteso da questo Collegio, per cui il divieto del *ne bis in idem* può essere rilevato anche in sede di legittimità, infatti, deve essere raccordato alla norma che limita la cognizione della Corte di cassazione, oltre i confini del devolutum, alle sole questioni di puro diritto, sganciate da ogni accertamento sul fatto (art. 609 c.p.p., comma 2. Nel giudizio di legittimità, infatti, è consentito, ex art. 609 c.p.p., comma 2, superare i limiti del devolutum e della ordinaria progressione dell'impugnazione, oltre che di quelli di ammissibilità dei motivi nuovi da proporre nel ristretto ambito dei capi e dei punti oggetto del gravame, soltanto per violazioni di legge che non sarebbe stato possibile dedurre in grado d'appello e per questioni di puro diritto, sganciate da ogni accertamento del fatto, rilevabili in ogni stato e grado del giudizio. Ne consegue, dunque, a differenza della possibilità di apprezzamento "fattuale" richiesta per il sindacato del *ne bis in idem* processuale di cui all'art. 669 c.p.p., non possono diversamente essere proposte, nel giudizio di legittimità, questioni attinenti al sindacato della violazione del divieto del *ne bis in idem* sostanziale dettato dall'art. 649 c.p.p., la cui valutazione richiede accertamenti di merito (ossia l'apprezzamento che si tratti del medesimo "fatto", inteso in senso non processuale, ma sostanziale, ossia come coincidenza di tutte le componenti della fattispecie concreta, facendo riferimento tale espressione all'"identità storico-naturalistica del reato, in tutti i suoi elementi costitutivi identificati nella condotta, nell'evento e nel rapporto di causalità, in riferimento alle stesse condizioni di tempo, di luogo e di persona": Sez. U, n. 34655 del 28/06/2005 - dep. 28/09/2005, P.G. in proc. Donati ed altro, Rv. 231799) che, come tali, devono essere necessariamente svolti nel giudizio di merito, salva la possibilità di sindacare i relativi provvedimenti, mediante un successivo ricorso per cassazione, nei limiti segnati dall'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. b) ed e).» Il principio è stato ribadito in seguito, tra le altre e sempre in materia tributaria, da Sez. 3, nn. 6113 e 6114 del 7/1/2016, Salustri e Ventura, *non massimate*.

¹⁷⁰ Tra le numerose, Sez. 3, n. 20887 del 15/4/2015, Aumenta, Rv. 263407; Sez. 5, n. 43485 del 7/4/2014, Bandu, Rv. 260828; Sez. 4, n. 4958 dell'8/10/2013, De Bernardi, Rv. 258611; Sez. 5, n. 9825 del 10/1/2013, Di Martino, Rv. 255219

¹⁷¹ Tra le altre, Sez. 5, n. 44854 del 23/09/2014, Gentile e altro, Rv. 261311; Sez. 2, n. 33720 del 08/07/2014, Nerini, Rv. 260346; Sez. 6, n. 44632 del 31/10/2013, Pironti, Rv. 257809.

normativa Eurounitaria (v. da ultimo, anche C. eur. dir. uomo, Quarta Sezione, sentenza 10 febbraio 2015, *Kiiveri c. Finlandia*), che l'illecito amministrativo di cui al citato art. 13 e quello penale possano avere ad oggetto sostanzialmente il medesimo fatto, rendendo ingiustificata la duplicità di sanzioni in caso di ritenute che superino la soglia»¹⁷².

Più in particolare, e come sopra già ricordato, la sentenza ha evidenziato che a partire dal *règlement* giurisprudenziale del 2009, con la pronuncia *Zolotukhin c. Russia*, la Corte, per valutare se le due sanzioni di natura penale abbiano ad oggetto il medesimo fatto, ha abbandonato ogni riferimento alla fattispecie incriminatrice. «Non è il tipo legale a guidare il giudizio sul principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 4 prot. n. 7 della Convenzione, bensì l'identità materiale e naturalistica del fatto. Poco importa, dunque, che le fattispecie (penal-amministrativa e penale) si differenzino sul piano della tipicità. Ciò che conta, per ritenere violato il divieto, è che l'effetto si risolva nella doppia punizione del medesimo fatto concreto».

La Corte, però, ha ritenuto di non poter procedere oltre sul tema, ed anzi, ha espresso perplessità – con riferimento alla fattispecie in esame – in ordine all'utilizzo dello strumento della pregiudiziale interpretativa alla Corte di Giustizia. In sintesi, la Terza sezione ha affermato che se è vero che il principio del *ne bis in idem* trova riconoscimento anche nel diritto dell'Unione Europea, sulla base della espressa previsione dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; se è altrettanto vero - come già ricordato - che, ai sensi dell'art. 52 CDFUE, il contenuto del suddetto art. 50 deve essere ricostruito sulla base del corrispondente principio convenzionale, e quindi anche in forza della giurisprudenza della Corte Europea sull'art. 4 Prot. 7 CEDU; se è ciò vero, «può tuttavia convenirsi con chi ragionevolmente dubita che la specifica fattispecie oggetto del giudizio rientri nell'ambito applicativo del diritto dell'Unione e, conseguentemente, che la Corte di Giustizia sia competente a pronunciarsi sul caso (rammentandosi, infatti, che ai sensi dell'art. 51 CDFUE, la Carta può trovare applicazione solo quando gli Stati membri "agiscono nell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione": cfr. CGUE,

¹⁷² Concetto che la sentenza, di lì a poche righe, avverte peraltro il bisogno di ribadire, specificando che, «come è già stato puntualmente rilevato in dottrina, il sistema sanzionatorio in esame - assestato sul cumulo tra sanzioni tributarie e penali - pone effettivamente più che ragionevoli dubbi di compatibilità con la dimensione Europea del principio di *ne bis in idem*, non solo alla luce della sentenza *Grande Stevens*, ma anche, più specificamente, della sentenza *Nykanen c. Finlandia*, che ha riconosciuto la qualifica "sostanzialmente penale" - quale presupposto per l'operatività del diritto fondamentale a non essere giudicato e punito due volte per il medesimo fatto - anche al procedimento tributario e alle relative sanzioni (v. Corte EDU, 20 maggio 2014, *Nykanen c. Finlandia*)».

26 febbraio 2013, C-399/11, Melloni)». Ad eccezione, infatti, della particolare normativa in tema di IVA, che rientra nel campo attuativo del diritto UE - come precisato dalla citata sentenza *Fransson* della Corte di Lussemburgo - la materia erariale, ha infatti una dimensione esclusivamente nazionale, che la sottrae all'applicazione del sistema "Eurounitario" di tutela dei diritti fondamentali.

Si da affermare, conclusivamente, il principio di diritto per cui *«non è esperibile il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea per stabilire se sia conforme al diritto "eurounitario" la disposizione di cui all'art. 10-bis del D.Lgs. n. 74 del 2000 - nella parte in cui consente di procedere alla valutazione della responsabilità penale di un soggetto che, per lo stesso fatto, sia stato destinatario della sanzione amministrativa irrevocabile di cui all'art. 13 del d. lgs. n. 471 del 1997, deducendosene la natura "sostanzialmente penale" - in quanto la materia erariale, in cui rientra l'illecito amministrativo in oggetto, non ricade, fatta eccezione per la particolare normativa in materia di Iva, nell'ambito applicativo del diritto dell'Unione»*.

Questa conclusione, peraltro, è poi risulta realmente “profetica” di quanto in effetti è accaduto – di lì a qualche settimana – con l’ordinanza del 15 aprile 2015 della Corte di giustizia, che si è pronunciata sul rinvio pregiudiziale disposto dal Tribunale di Torino nel 2014¹⁷³, in un caso identico a quello sul quale si è pronunciata la Corte di cassazione; provvedimento con il quale il Giudice comunitario ha dichiarato di essere manifestamente incompetente a rispondere alla questione. Quale il motivo? Per l’appunto, la Corte di Lussemburgo ha affermato che *«si deve constatare che il procedimento principale concerne l'applicazione di disposizioni di diritto italiano in discussione nel procedimento principale in un contesto che non presenta alcun nesso con il diritto dell'Unione»*. La Corte ha rilevato che nell’ordinanza di rimessione non vi era alcun cenno all’art. 51, par. 1, della Carta, sopra richiamato, e che la normativa nazionale posta alla sua attenzione *«non rientra nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione, (sicché, n.d.r.) la Corte non è competente in merito»*. Con la conseguenza che *«in tali circostanze la Corte non è nemmeno competente ad interpretare l'articolo 4 del protocollo n. 7»*.

¹⁷³ Ordinanza 27 ottobre 2014, con la quale è stato chiesto alla Corte di giustizia se, *«ai sensi degli artt. 4 Prot. n. 7 CEDU e 50 CDFUE, sia conforme al diritto comunitario la disposizione di cui all'art. 10-bis d.lgs. 74 del 2000 nella parte in cui consente di procedere alla valutazione della responsabilità penale di un soggetto il quale, per lo stesso fatto (omissione versamento delle ritenute), sia già stato destinatario della sanzione amministrativa irrevocabile di cui all'art. 13 d.lgs. 471/97 (con l'applicazione di una sovrattassa)»*.

Quanto precede, poi, è stato ripreso da un'altra sentenza – sempre emessa dalla Terza sezione penale¹⁷⁴ – questa volta proprio in materia di Iva; nell'occasione, infatti, è stato nuovamente affermato il principio della non deducibilità – innanzi alla Corte di cassazione – della questione del *bis in idem* in sé, per le stesse ragioni appena sopra menzionate.

Con questa pronuncia, però, la Corte ha sviluppato anche un ulteriore ragionamento, di particolare interesse, peraltro oggi solo in parte ripetibile in ragione della riforma di cui al d. lgs. 24 settembre 2015, n. 158, successiva alla pronuncia stessa.

In sintesi, quale l'argomento? La Terza sezione ha sostenuto che non deve esser trascurato che dalla sentenza Nykanen c. Finlandia, sopra richiamata, emerge che «si ha violazione del *ne bis in idem* sostanziale quando i procedimenti (anche se nominalmente non coincidenti) accertino gli stessi fatti, ma siano anche indipendenti tra loro e si sviluppino in successione, ovvero in modo che uno dei due prosegua o inizi quando l'altro è divenuto definitivo».

Il che – ha affermato la Corte – non accade, normalmente, nel nostro ordinamento, dove i due procedimenti sono paralleli e, soprattutto, “interagiscono” tra loro, condizionando l'avvenuto pagamento del debito tributario l'entità della sanzione penale.

In particolare, è stato sottolineato che la normativa tributaria (all'epoca) vigente «prende espressamente in considerazione i rapporti tra pagamento del debito tributario e reato di natura tributaria prevedendo, all'art. 13, la speciale circostanza attenuante per cui le pene previste per i delitti ivi contemplati sono diminuite fino alla metà, e non si applicano le pene accessorie indicate nell'art. 12 se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, i debiti tributari relativi ai fatti costitutivi dei delitti medesimi sono stati estinti mediante pagamento, anche a seguito delle speciali procedure conciliative o di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie».

A conferma, quindi, di una notevole interdipendenza, tale da “allontanare” la problematica in questione.

Tale argomento – si diceva – risulta oggi solo in parte ripetibile, e non con riguardo ai delitti di cui agli artt. 10-*bis*, 10-*ter* e 10-*quater*, atteso che l'art. 13, comma 1 citato è stato modificato dal citato d. lgs. n. 158 del 2015; in forza del quale “i reati di cui agli articoli 10-*bis*, 10-*ter* e 10-*quater*, comma 1, non sono punibili se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di

¹⁷⁴ Sez. 3, n. 20887 del 15 aprile 2015, Aumenta, Rv. 263407.

primo grado, i debiti tributari, comprese sanzioni amministrative e interessi, sono stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, anche a seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie, nonché del ravvedimento operoso¹⁷⁵.

Quel che può costituire – in termini meramente “empirici” – la soluzione della questione che qui ci occupa; se l’effetto reale cui la sanzione tende - ovvero recuperare all’erario quanto dovuto, compresi interessi e sanzioni - è stato comunque raggiunto, non vi è più ragione di perseguire il medesimo soggetto; non già, dunque, perché così si verificherebbe una formale violazione del *ne bis in idem*, ma perché si avrebbe una sostanziale – e non consentita – ripetizione alle casse dello Stato di quanto *ab origine* dovuto, e già recuperato.

La terza sentenza di interesse è stata pronunciata – ancora dalla Terza sezione penale¹⁷⁶ - con riguardo non al d. lgs. n. 74 del 2000, ma all’art. 2, comma 1-*bis*, d.l. 12 settembre 1983, n. 463, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 novembre 1983, n. 638, che sanziona l’omesso versamento all’I.n.p.s. delle ritenute assistenziali e previdenziali operate sulle retribuzioni dei dipendenti (oggi – giusta d. lgs. 16 gennaio 2016, n. 8 – costituente reato soltanto se il versamento omesso supera i diecimila euro annui); in questo caso, il possibile *bis in idem* si poneva nel rapporto con l’art. 116, comma 8, lett. a), l. n. 388 del 2000, a mente della quale *"I soggetti che non provvedono entro il termine stabilito al pagamento dei contributi o premi dovuti alle gestioni previdenziali ed assistenziali, ovvero vi provvedono in misura inferiore a quella dovuta, sono tenuti: a) nel caso di mancato o ritardato pagamento di contributi o premi, il cui ammontare è rilevabile dalle denunce e/o registrazioni obbligatorie, al pagamento di una sanzione civile, in ragione d'anno, pari al tasso ufficiale di riferimento maggiorato di 5,5 punti; la sanzione civile non può essere superiore al 40 per cento dell'importo dei contributi o premi non corrisposti entro la scadenza di legge"*.

¹⁷⁵ In termini analoghi, inoltre, giusta il comma 2 del medesimo articolo, i reati di cui agli articoli 4 e 5 non sono punibili se i debiti tributari, comprese sanzioni e interessi, sono stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, a seguito del ravvedimento operoso o della presentazione della dichiarazione omessa entro il termine di presentazione della dichiarazione relativa al periodo d'imposta successivo, sempreché il ravvedimento o la presentazione siano intervenuti prima che l'autore del reato abbia avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali.

¹⁷⁶ Sez. 3, n. 31378 del 14/1/2015, Ghidini, Rv. 264332

Orbene, la Corte di cassazione – richiamata la giurisprudenza convenzionale già sopra citata – ha innanzitutto inteso verificare, in coerenza con i principi esposti nella sentenza Grande Stevens ed al di là del *nomen iuris* attribuito alla sanzione prevista dal ricordato art. 116, comma 8, se essa assuma una natura intrinsecamente penale o meno: orbene, la risposta fornita dal Collegio è stata negativa, in quanto – si è affermato – «mentre la sanzione prevista dalla l. n. 683 del 1938 mira a tutelare il diritto del lavoratore in danno del quale il datore di lavoro si è appropriato delle somme a lui riservate (tanto che comunemente il delitto previsto dalla legge sopra ricordata viene accostato alla figura dell'appropriazione indebita), la sanzione contemplata nell'art. 116, citato ha effetti ristoratori verso l'INPS e dunque assume caratteri sostanzialmente, e non solo formalmente, civilistici».

In forza di ciò, dunque, è stata esclusa in radice la possibilità di considerare l'identità del fatto, in quanto - per integrare queste ipotesi – «non basta certo la medesimezza dell'avvenimento storico, ma occorre che siano identici tutti i tratti caratteristici». Ed ancora – con particolare riferimento ai “parametri di Engel” sopra richiamati - la Corte ha sottolineato che «non può certo attribuirsi carattere di particolare afflittività alla sanzione civile, tale da farla assimilare ad una sanzione penale, tenuto conto anche dei limiti massimi insuperabili ai quali parametrare la sanzione irrogabile».

Nessuna *matière penale*, dunque.

4.2. Le Sezioni Unite.

La quarta ed ultima sentenza di legittimità che merita di essere richiamata è stata pronunciata dalle Sezioni unite¹⁷⁷, con riguardo all'art. 19, d. lgs. n. 74 del 2000, a mente della quale “*quando uno stesso fatto è punito da una delle disposizioni del titolo II e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, si applica la disposizione speciale*”; norma che, all'origine, è stata ritenuta da molti - anche in dottrina - un possibile strumento di risoluzione

¹⁷⁷ Sez. U, n. 37424 del 28/3/2013, Romano, Rv. 255757, in *Corr. Trib.*, 2013, p. 3487 ss., con nota di A. TRAVERSI; Sez. U, n. 37425 del 28/3/2013, Favellato, Rv. 255760. Negli stessi termini, successivamente, Sez. 3, n. 20266 dell'8/4/2014, Zanchi, Rv. 259190; Sez. 3, n. 40526 dell'8/4/2014, Gagliardi, Rv. 260090.

della questione che ci occupa, tradotto in diritto positivo, ma che poi – ancora a giudizio di tanti – ha “tradito” le aspettative¹⁷⁸.

E’ la più risalente delle pronunce e, probabilmente, “risente un po’ del tempo” e dell’ “accelerazione” che la materia ha subito nel corso di pochi mesi.

La questione, rimessa alle Sezioni unite ancora dalla Terza sezione, riguardava ancora il rapporto tra l’art. 10-ter, d lgs. n. 74 del 2000 e l’art. 13, d. lgs. n. 471 del 1997, ovvero proprio l’oggetto delle questioni – di costituzionalità e pregiudiziale – sollevate dal Tribunale di Bologna e da quello di Bergamo, e sopra richiamate.

Rimandando alla lettura della sentenza – particolarmente motivata – per l’individuazione dei singoli passaggi argomentativi, giova qui sottolineare soltanto quelli più importanti.

Innanzitutto, le Sezioni unite si sono poste la domanda centrale che regge l’intero interrogativo, ossia se le norme sanzionatorie concorrenti riguardino o meno lo "stesso fatto". Orbene, la risposta fornita è stata negativa, rilevandosi che – nella fattispecie di cui all’art. 13, comma 1 - il presupposto è costituito dal compimento di operazioni imponibili comportanti l’obbligo del versamento periodico dell’Iva, con condotta omissiva che si concretizza nel mancato versamento periodico dell’IVA, e il termine per l’adempimento è fissato al giorno sedici del mese (o trimestre) successivo a quello di maturazione del debito IVA (art. 1, comma 4, d.P.R. 23 marzo 1998, n. 100). Nell’illecito penale di cui all’art. 10-ter del d.lgs. n. 74 del 2000, invece, il presupposto è costituito sia dal compimento delle medesime operazioni imponibili, sia dalla necessaria presentazione della dichiarazione annuale IVA relativa all’anno precedente; la condotta omissiva si concretizza nel mancato versamento, per un ammontare superiore a cinquantamila Euro, dell’IVA dovuta in base alla dichiarazione annuale; il termine per l’adempimento è individuato in quello previsto per il versamento dell’acconto IVA relativo al periodo di imposta successivo.

Il Supremo Collegio ha quindi affermato che, «come si vede, pur nella comunanza di una parte dei presupposti (compimento di operazioni imponibili comportanti l’obbligo di effettuare il versamento periodico dell’IVA) e della condotta (omissione di uno o più dei versamenti periodici

¹⁷⁸ G. M. FLICK, *Reati fiscali*, cit., p. 15, afferma che nell’ordinamento tributario italiano «in teoria il pericolo di frizioni con la garanzia convenzionale del ne bis in idem dovrebbe essere scongiurato, perché il principio di specialità tra disposizioni sanzionatorie penali e disposizioni sanzionatorie amministrative è stato esteso anche alla materia tributaria dall’art. 19 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74».

dovuti), gli elementi costitutivi dei due illeciti divergono in alcune componenti essenziali, rappresentate in particolare: dalla presentazione della dichiarazione annuale IVA, richiesta per il solo illecito penale; dalla soglia minima dell'omissione, richiesta per il solo illecito penale; dal termine di riferimento per l'assunzione di rilevanza dell'omissione, fissato, per l'illecito amministrativo, al giorno sedici del mese successivo a quella di maturazione del debito mensile IVA, e coincidente, per l'illecito penale, con quello previsto per il versamento dell'acconto IVA relativo al periodo di imposta successivo».

Alla luce di quanto precede, le Sezioni Unite hanno allora concluso che «le illustrate divergenze inducono a ricostruire il rapporto fra i due illeciti in termini, non di specialità, ma piuttosto di "progressione": la fattispecie penale - secondo l'indirizzo di politica criminale adottato in generale dal d.lgs. 74 del 2000 (su cui v. in particolare Corte cost., sent. n. 49 del 2002) - costituisce in sostanza una violazione molto più grave di quella amministrativa e, pur contenendo necessariamente quest'ultima (senza almeno una violazione del termine periodico non si possono evidentemente determinare i presupposti del reato), la arricchisce di elementi essenziali (dichiarazione annuale, soglia, termine allungato) che non sono complessivamente riconducibili al paradigma della specialità (che, ove operante, comporterebbe ovviamente l'applicazione del solo illecito penale), in quanto recano decisivi segmenti comportamentali (in riferimento alla presentazione della dichiarazione annuale IVA e al protrarsi della condotta omissiva), che si collocano temporalmente in un momento successivo al compimento dell'illecito amministrativo (...). Da quanto sopra discende che la presenza della previsione dell'illecito amministrativo di cui al comma 1 dell'art. 13 d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, e la consumazione in concreto di esso, non sono di ostacolo all'applicazione, in riferimento allo stesso periodo d'imposta e nella ricorrenza di tutti gli specifici presupposti, della statuizione relativa all'illecito penale di cui all'art. 10-ter d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74».

Nell'occasione, peraltro, le Sezioni Unite non hanno eluso il profilo della compatibilità convenzionale ed "eurounitaria" di quanto appena richiamato, sostenendo, al riguardo, che nessun contrasto con l'art. 4, Prot. 7 e con l'art. 50 CFDE può esser ravvisato nella lettura così offerta. In particolare – con argomento invero piuttosto sintetico – la sentenza ha rilevato che «anzitutto nella specie, come si è visto, non si può parlare di identità del fatto; in ogni caso, poi, il principio suddetto si riferisce solo ai procedimenti penali e non può, quindi, riguardare l'ipotesi

dell'applicazione congiunta di sanzione penale e sanzione amministrativa tributaria (in tal senso, espressamente, Corte di giustizia U.E., 26/02/2013, *Aklagaren c. Fransson*)».

Una lettura che ha suscitato molte perplessità in dottrina - ampiamente motivate nel senso della sostanziale irrilevanza così attribuita all'art. 19, d. lgs. n. 74 del 2000 ed al principio di specialità che contiene¹⁷⁹ - ma che, allo stato, costituisce un approdo non superato del Supremo Collegio della nostra Corte di legittimità.

Rispetto al quale, tuttavia, e con riguardo all'intera materia in esame, si sono successivamente manifestati i significativi tentativi di rivisitazione critica, come quelli delle Sezioni semplici e di alcuni Tribunali, nei termini sopra richiamati, senza che però questo si sia ancora tradotto in una risposta; quel che, a mio avviso, non potrà sostenersi ancora a lungo, atteso il sempre maggiore interesse sulla materia da parte degli organismi comunitari e le sempre maggiori istanze di giustizia "sostanziale" che i giudici ricevono ed intendono accogliere.

¹⁷⁹ M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari*, cit., afferma che «In tal modo, la giurisprudenza ha avallato la duplicazione punitiva. E lo ha fatto con particolare riguardo ai reati di omesso versamento: fatti che, nell'originario disegno riformatore del 2000, non rientravano neppure nel catalogo dei comportamenti meritevoli di pena. Infatti, è solo qualche anno più tardi, precisamente nel 2004 e nel 2006, che il legislatore, tornando sui propri passi, ha attribuito rilevanza penale, rispettivamente, all'omesso versamento di ritenute certificate e all'omesso versamento di IVA (artt. 10-bis e ter, d.lgs. 74/2000). Ciò ha prodotto una sovrapposizione tra reati e illeciti amministrativi di omesso versamento, che avrebbe dovuto essere risolta attraverso il principio di specialità».

IRENE SCORDAMAGLIA

La scienza genetica e il processo penale

1. Profili di utilizzabilità e valore dimostrativo degli accertamenti genetici e problemi di bilanciamento di interessi costituzionalmente garantiti.

Recentissime decisioni assunte dalla Corte di Cassazione in casi giudiziari di grande rilievo - anche per l'impatto esercitato sull'opinione pubblica -, stimolano nell'interprete del diritto positivo l'esigenza di compiere *una riflessione globale* sulle tensioni, riscontrabili nel sistema processuale penale vigente, generate dalle *questioni attinenti al prelievo, all'analisi ed alla catalogazione ed archiviazione del DNA* e di ogni altro elemento biologico che attiene strettamente alla sfera individuale delle persone. Ci si vuol riferire, in particolare, alle spinte contrastanti che pervadono il tessuto ideologico vivente del codice di rito penale, diviso tra il potenziamento della funzione accertativa dei reati, per effetto dell'avvento delle tecniche di esplorazione scientifica delle tracce del patrimonio genetico umano, in chiave di valorizzazione delle esigenze di difesa sociale e l'attenzione per le istanze di effettività delle garanzie concernenti i diritti fondamentali di rilievo costituzionale.

Il fine auspicato è quello che la ricostruzione critica degli approdi cui il dibattito scientifico e giurisprudenziale innescato da tali tematiche ha condotto consenta di ricercare e delineare un percorso operativo che indichi un punto di equilibrio tra le necessità dell'esercizio del potere punitivo da parte della sovranità statale - che si esplica nel principio di obbligatorietà dell'azione penale e nel suo corollario della completezza delle indagini - e la tutela dei diritti irrinunciabili dell'individuo, quali quello alla salvaguardia della libertà personale - anche sotto il profilo del diritto all'identità personale e familiare nel tempo e nello spazio - ed alla difesa.

Ciò si appalesa di stringente necessità ove si rammenti che il quadro assiologico nazionale è complicato dagli impegni internazionali assunti convenzionalmente dal nostro paese per effetto dell'adesione - che ha avuto luogo con la Legge n. 85/2009 - al Trattato di Prüm, siglato da alcuni paesi membri dell'Unione Europea - Austria, Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo, Spagna, Paesi Bassi - il 27 maggio 2005, che ha istituito la c.d. 'Banca dati del DNA', vale a dire una "rete comune" di profili genetici realizzata mediante la conservazione di campioni biologici di

condannati, imputati e indagati ristretti nella libertà personale, ma anche di tutte le tracce biologiche raccolte dalla polizia scientifica sulla scena del delitti, pur se appartenenti a persone non iscritte nel registro degli indagati¹⁸⁰.

Legge, quella richiamata (la n. 85/2009)¹⁸¹, cui si deve l'introduzione nel nostro codice di rito delle norme poste dagli artt. 224 bis c.p.p. – *Provvedimenti del giudice per le perizie che richiedono il compimento di atti idonei ad incidere sulla libertà personale* – e dell'art 359 bis c.p.p. – *Prelievo coattivo di campioni biologici su persone viventi* -, le quali – anticipate da quella di cui all'art. 349 2° comma bis c.p.p. (*Prelievo coattivo di materiali biologici da parte della Polizia Giudiziaria in sede d'identificazione*), introdotta dal D.L. n. 14472005 conv. in L. n. 155/2005 – hanno sancito lo sgretolamento del canone dell'inviolabilità del corpo – inteso come il 'leib', il corpo vissuto, del quale parla E. Husserl nelle sue *Meditazioni Cartesiane*¹⁸² -, cioè il recinto simbolico dell'identità personale dell'essere umano nella sua irripetibile particolarità posto al riparo – come aveva affermato J. Locke nel XVII secolo - dall'interventismo statale¹⁸³.

Il protagonismo giudiziario del patrimonio genetico dell'individuo non può, inoltre, non sollecitare una valutazione sul peso che gli esiti dell'indagine genetica condotta sul DNA possono avere nella decisione del Giudice penale: se presentino, cioè, natura di prova o di mero elemento indiziario ai sensi dell'art. 192, comma 2, c.p.p. ed a quali condizioni ad essi possa essere riconosciuta valenza dimostrativa. Tema, questo, cui è strettamente connesso quello dei rapporti tra il Giudice e la Scienza e di quali siano i criteri cui egli si debba affidare nella scelta dei periti e nello scrutinio critico dei loro apporti di conoscenza specialistica.

2. Scienza e diritto: quali rapporti?

L'irrompere della genetica sulla scena del diritto è direttamente collegata all'evoluzione delle tecnologie applicate alla scienza, che ha aperto nuove possibilità di esplorazione delle cause e del dinamismo determinativo di taluni fenomeni che, spesso, costituiscono il sostrato delle questioni affidate alla cognizione del Giudice.

¹⁸⁰ MARAFIOTI – LUPARIA, *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, 2010.

¹⁸¹ TRANQUILLO, *Osservazioni sulle conseguenze in sede giudiziaria della legge 30 giugno 2009 n. 85*, in *Arch. N.proc.pen.* 2011, n. 6, pag. 604, collocazione A.411.

¹⁸² HUSSERL, *Meditazioni Cartesiane*, Bompiani, Studi, 2002.

¹⁸³ LOCKE, *Saggio sull'intelletto umano*, a cura di Penati, La Scuola, Il Pensiero filosofico, 2005; *Lettera sulla tolleranza*, a cura di Viano, Laterza, Economica Laterza, 2005.

Tale constatazione assume un rilievo peculiare nel processo penale, ove l'interferenza delle procedure scientifiche di ricostruzione di taluni elementi del fatto oggetto di accertamento ha determinato lo spostamento del baricentro dell'orizzonte cognitivo del Giudice penale dalla prova dichiarativa alla prova c.d. scientifica¹⁸⁴. Ed allora è preliminare l'approfondimento dei temi relativi ai rapporti tra la scienza ed il diritto ed, in particolare, delle conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza di vertice nella ricerca di un punto di equilibrio tra le posizioni che attribuiscono un peso decisivo a qualunque contributo della scienza, quand'anche non pienamente validato dalla comunità scientifica¹⁸⁵, e l'orientamento che tende, invece, ad una *processualizzazione* della scienza, consentendo l'ingresso di quelle sole esperienze scientifiche collaudate secondo i canoni metodologici comunemente condivisi.

In effetti la Corte di legittimità ha, in più occasioni, affrontato il problema della selezione dei criteri cui il Giudice deve ispirarsi nella scelta delle teorie scientifiche indispensabili per la ricostruzione di un fatto che richieda l'apporto di competenze specialistiche ed, in particolare, di *quelle in competizione*, ed ha, in primo luogo affermato che, onde assicurare il rispetto del principio di legalità e di quello di uguaglianza, *il giudice dev'essere un mero fruitore della legge scientifica di copertura utilizzata nella ricostruzione di un fatto e non un creatore della stessa*¹⁸⁶. Sicchè, in presenza di opinioni scientifiche contrastanti, egli deve fornire una motivazione adeguata ed esauriente in ordine alle ragioni per le quali ritenga di scegliere una teoria piuttosto

¹⁸⁴ DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Il Mulino, collana Saggi, 2003.

¹⁸⁵ Il possibile richiamo è agli studi epidemiologici (osservazionali "a coorte" o "caso – controllo") nella ricostruzione del nesso di causalità materiale nelle malattie professionali, i quali, quand'anche abbiano evidenziato, nel campione esaminato, un alto rischio di insorgenza di patologie tumorali nei lavoratori esposti ad alte concentrazioni di particolari sostanze tossico nocive nello svolgimento di talune mansioni non sono stati ritenuti dotati di una sufficiente capacità esplicativa in relazione alla peculiare causa innescante talune patologie multifattoriali, rimanendo, pertanto, impossibile attribuire il singolo caso di tumore ad una specifica esposizione. Sul punto I. SCORDAMAGLIA, *Dalla salvaguardia dell'integrità del lavoratore alla tutela dell'incolumità collettiva: la prova della causalità materiale nei delitti per malattie professionali da esposizione a sostanze tossico – nocive*, in *Leg. pen.*, 2, 2013.

¹⁸⁶ Cass. Pen., Sez. IV, n. 38991 del 10/06/2010 - dep. 04/11/2010, Quaglierini e altri, in CED. Cass, Rv. 248853, ed in *Resp. Civ. Prev.* 2011, 2, 354 ss., con nota di COGGIOLA, *La Cassazione penale ed il problema della scelta delle teorie scientifiche secondo cui ricostruire la causalità nelle fattispecie di mesoteliomi causati dall'esposizione all'amianto*, cit. ed in *Riv.med.leg.* 2011, 2, 469 ss., con nota di FIORI e MARCHETTI, *I garanti del sapere scientifico in sede giudiziaria*. Nello stesso senso Cass. Pen., Sez. IV, n. 18933 del 27/02/2014 - dep. 08/05/2014, in CED. Cass. Rv. 262139, con la quale la Corte ha annullato la sentenza di merito impugnata proprio sul rilievo che il giudice aveva elaborato un proprio originale punto di vista scientifico non sorretto da basi sufficientemente chiare e ponderose.

che un'altra¹⁸⁷. Ma, più ancora, la Nomofilachia ha precisato¹⁸⁸, ispirandosi ai criteri dettati dalla Corte Suprema americana nel caso *Daubert VS Merrel Dow Pharmaceuticals*¹⁸⁹, che, proprio nei contesti connotati da “*incertezza scientifica*”, il giudice è tenuto a ponderare le diverse teorie scientifiche che si fronteggiano nella soluzione del caso concreto, dapprima, prendendo in esame sia gli studi che le sorreggono, al fine di scrutinarne “*l'affidabilità metodologica*”, sia la personalità dell'esperto incaricato di veicolare il sapere scientifico nel processo penale, così da discernerne “*l'integrità delle intenzioni*”, per poi collocare ciascuna delle teorie prospettate nel corso del dibattimento nel quadro del dibattito scientifico internazionale, giungendo a selezionare quella <<sulla quale si registra un preponderante, condiviso consenso>>.¹⁹⁰

Sviluppando queste indicazioni metodologiche, la Suprema Corte ha ammonito il Giudice di merito circa la necessità di evitare che la propria incapacità di governare “autonomamente” la prova scientifica si traduca in una <<sostanziale rinuncia al proprio ruolo, mediante la fideistica accettazione del contributo peritale, cui delegare la soluzione del giudizio e, dunque, la responsabilità della decisione>>: e questo perché: <<La prova scientifica non può ambire ad un credito incondizionato di autoreferenziale affidabilità in sede processuale, per il fatto stesso che il

¹⁸⁷ Cass. Pen., Sez. VI, n. 5749 del 09/01/2014 - dep. 05/02/2014, Homm, in CED. Cass., Rv. 258630, secondo cui il giudice che ritenga di aderire alle conclusioni del perito d'ufficio, in difformità da quelle del consulente di parte, pur non essendo gravato dell'obbligo di fornire, in motivazione, autonoma dimostrazione dell'esattezza scientifica delle prime e dell'erroneità, per converso, delle altre, “è comunque tenuto” alla dimostrazione del fatto che le conclusioni peritali siano state valutate “in termini di affidabilità e completezza”, e che non siano state ignorate le argomentazioni del consulente.

¹⁸⁸ Cass. Pen. Sez. IV, n. 43786 del 17/09/2010 - dep. 13/12/2010, Cozzini e altri, in CED. Cass., Rv. 248943, ed in *Cass. Pen.* 2011, 5, 1712 ss., con nota di BARTOLI, *Responsabilità penale da amianto: una sentenza destinata a segnare un punto di svolta?*, ed in *Dir.Pen.Proc.* 2011, 11, 1341 ss., con nota di TONINI, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*.

¹⁸⁹ Il caso Daubert del 1993 riguardava i supposti effetti collaterali sul feto del Benedectin, prodotto dalla Merrell Dow Pharmaceuticals, la quale aveva negato in giudizio tali effetti invocando lavori scientifici, sottoposti a peer review e quindi generalmente accettati. I genitori dei bambini nati malformati, per contestare i dati della Merrell Dow, invece, avevano chiesto ai giudici di acquisire anche la testimonianza di altri esperti, in grado di portare evidenze scientifiche contrarie basate su dati non ancora pubblicati, ma che reinterpretavano i risultati ottenuti dalla casa farmaceutica. La Suprema Corte ha deciso il caso accogliendo le dette testimonianze e stilando una sorta di ‘protocollo’ della prova scientifica.

¹⁹⁰ Sul punto ZIRULIA, *L'accertamento del nesso causale tra il cumulo delle esposizioni ad amianto e l'accelerazione della cancerogenesi nel mesotelioma pleurico: la Quarta Sezione indica i criteri per la scelta della legge scientifica più affidabile, nonché per lo svolgimento del giudizio di cd. causalità individuale*, nota a Cass. Pen., Sez. IV, 17.9.2010 n. 43786, Ferrovie Trento Malè, in *Dir.Pen.Cont.* 12.1.2011.

processo penale ripudia ogni idea di prova legale>>¹⁹¹. Il risultato della prova scientifica, piuttosto, può essere ritenuto attendibile solo ove sia controllato dal giudice secondo un metodo di approccio critico simile a quello richiesto per l'apprezzamento delle prove ordinarie; il che equivale a dire che il giudice medesimo, nel ragionamento probatorio che gli consente di passare dall'elemento di prova al risultato di prova, è sì legittimato a valersi, come elemento unificante, sia di regole di esperienza che leggi scientifiche, di valenza universale o statistica, o di leggi della logica, a condizione che ne fornisca congrua motivazione, attraverso il ricorso tanto ad una loro "*giustificazione esterna*" – saggiandone, cioè, in astratto la validità – che ad una loro "*giustificazione interna*", dimostrando, in concreto, la validità del risultato conseguito mediante l'applicazione della regola prescelta¹⁹².

3. Il prelievo del materiale biologico.

Ad avviso della Corte di legittimità, dunque, il rispetto di tali canoni metodologici offre un <<coefficiente convenzionalmente accettabile di affidabilità delle acquisite risultanze, primariamente legata alla *ripetività* delle stesse, ossia alla possibilità che quelle evidenze, e soltanto quelle, si riproducano in costanza di identica procedura di indagine e di identiche condizioni>>¹⁹³. *Affidabilità* che, dunque, non può essere riconosciuta <<alle risultanze della prova scientifica, con particolare riferimento alle indagini genetiche, acquisite in violazione delle regole consacrate dai protocolli internazionali>>, proprio perché:<< il rispetto degli *standards* [in essi] fissati... compendiano le regole fondamentali di approccio prescritte dalla comunità scientifica, sulla base dell'osservazione statistica ed epistemologica>>, con la conseguenza che: <<L'asettica *reperazione* di tutti gli elementi utili alle indagini - in ambiente di cui sia garantita la previa sterilizzazione, sì da porlo al riparo da possibili inquinamenti - costituisce il primo, prudenziale, accorgimento, indefettibile preludio - a sua volta - di una corretta analisi e "lettura" dei campioni [di materiale biologico reperato]>>¹⁹⁴.

¹⁹¹ Cass. Pen., Sez. V, n. 36080 del 27/03/2015 - dep. 07/09/2015, Knox e altri, in CED. Cass.. Per un primo commento della sentenza LUPARIA, TARONI, VUILLE, *La prova del DNA nella pronuncia della Cassazione sul caso Amanda Knox e Raffaele Sollecito*, in *Dir. pen. cont.* 12 aprile 2016.

¹⁹² Cass. pen., Sez. I, n. 31456 del 21/05/2008 - dep. 29/07/2008, Franzoni, in CED. Cass., e in *La Giustizia penale* 2009, fasc. 8-9, p. 3, pag. 459, con nota di VENTURA, *Prove penali e leggi scientifiche*.

¹⁹³ Cass. pen., Sez. V, n. 36080/15, Knox e altri, *cit.*

¹⁹⁴ Cass. pen., Sez. V, n. 36080/15, Knox e altri, *cit.*

Il conformarsi dell'attività di repertazione e conservazione del campione alle regole di esperienza consacrate dai protocolli in materia così da preservarne l'integrità e la genuinità, costituisce, dunque, la primaria garanzia di *affidabilità delle risultanze dell'analisi genetiche*.

Premesso che la *raccolta* del materiale biologico dal quale ricavare i profili genotipici eventualmente utili a condurre all'identificazione di soggetti coinvolti nella commissione di reati può avere luogo sia sulla scena del crimine che da persona vivente o da cadavere e che soltanto ove essa si riferisca al prelievo di tessuti o liquidi organici da persona vivente può eventualmente involgere profili di coattività, deve rilevarsi che la Corte di legittimità - decidendo in sede di incidente cautelare il caso dell'omicidio Gambirasio - ha ritenuto che, onde sgombrare il campo da possibili profili di inutilizzabilità degli esiti degli accertamenti genetici con riferimento a vizi attinenti a tale momento prodromico, sia necessario distinguere tra i *rilevi tecnici* e gli *accertamenti tecnici* e, all'interno di questi ultimi, tra gli accertamenti tecnici ripetibili e quelli irripetibili, conformemente alle previsioni di cui agli artt. 359 e 360 c. p.¹⁹⁵.

Ha, perciò, ribadito, in linea generale, che il *rilevo tecnico* consiste nell'attività di *raccolta* di elementi attinenti al reato per il quale si procede, mentre l'*accertamento tecnico*, ripetibile o irripetibile, si estende al loro *studio e alla loro valutazione critica*, secondo canoni tecnici, scientifici ed ermeneutici¹⁹⁶, ed ha precisato, di conseguenza, che il *prelievo del DNA, attraverso il sequestro* di oggetti contenenti residui organici, è qualificabile come *rilevo tecnico delegabile alla Polizia Giudiziaria* ex art.370 c.p.p., il quale, tra l'altro, integrando un atto non invasivo e prodromico di successivi accertamenti tecnici - ripetibili o irripetibili -, non richiede l'osservanza delle garanzie difensive¹⁹⁷.

Lo stesso Giudice di vertice ha, inoltre, sancito la piena legittimità della *raccolta di tracce biologiche riferibili all'indagato*, eseguita dalla polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 348 c.p.p.,

¹⁹⁵ Cass. pen., Sez. I, n. 18246 del 25/02/2015 - dep. 30/04/2015, B, in CED Cass., Rv. 263858.

¹⁹⁶ Cass. pen., Sez. II, n. 34149 del 10/07/2009 - dep. 04/09/2009, Chiesa e altro, in CED Cass. Rv. 244950 e Cass. pen. Sez. I, n. 14852 del 31/01/2007 - dep. 13/04/2007, Piras e altri, in CED Cass., Rv. 237359, in cui la Corte ha qualificato come mero rilievo e non come accertamento tecnico il prelievo del materiale biologico rinvenuto in un passamontagna, utilizzato per effettuare al dibattimento, nel contraddittorio fra le parti, l'esame comparativo del DNA da esso estratto con quello dell'imputato.

¹⁹⁷ Cass.pen.,Sez. I, n. 2443 del 13/11/2007 - dep. 16/01/2008, Pannone, in CED Cass., Rv. 239101 e Cass.pen., Sez. I, n. 8393 del 2/02/2005 - dep. 03/03/2005, Candela ed altro, in CED Cass.,Rv. 233448.

senza ricorrere ad alcun prelievo coattivo, *ancorché posta in essere all'insaputa dello stesso*¹⁹⁸ ed ha escluso la necessità del ricorso alla procedura prevista dall'art. 224 bis c.p.p. – introdotta dalla l.85/2009 - se il campione biologico sia stato acquisito in altro modo, con le necessarie garanzie sulla provenienza dello stesso e senza alcun intervento coattivo sulla persona, come nel caso di prelievo di tracce biologiche da un mozzicone di sigaretta maneggiata e fumata dall'indagato, acquisito dalla polizia giudiziaria dopo che l'indagato medesimo l'abbia abbandonato¹⁹⁹. La detta procedura garantita dovendosi, in effetti, attivare *quando non vi sia il consenso* della persona nei cui confronti deve essere effettuato il prelievo; e tanto in ossequio al *dictum* della Giudice delle leggi che, nella sentenza n. 238/1996, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 13 della Costituzione, dell'art. 224, comma 2, c. p. p., nella parte in cui consentiva che il giudice, nell'ambito delle operazioni peritali, potesse disporre misure tali da incidere sulla libertà personale dell'indagato o dell'imputato o di terzi, al di fuori di quelle specificamente previste nei casi e nei modi stabiliti dalla legge, il parametro evocato assoggettando ogni restrizione della libertà personale, tra cui espressamente la detenzione, l'ispezione e la perquisizione personale, alla *duplice garanzia della riserva di legge e della riserva di giurisdizione*²⁰⁰.

Qualificato, dunque, il prelievo di materiale biologico come <<attività prodromica ed ancillare>> all'estrazione del profilo genetico, ove, nel corso delle indagini preliminari, l'indagato non vi presti il consenso, il Pubblico Ministero – ad avviso della Nomofilachia – ha due possibilità per raccogliere il materiale organico all'uopo necessario: o provvedendovi direttamente, attraverso la nomina di un consulente tecnico ai sensi dell'art. 359 bis c.p.p., e quindi con l'autorizzazione del giudice per garantire il controllo di legalità nella esecuzione di un atto che incide sulla libertà personale; o chiedendo al giudice di disporre il prelievo del campione del materiale organico, con le forme della *perizia incidentale*, secondo quanto disposto dall'art. 392, comma 2, c.p.p. – il cui testo è stato integrato sotto questo aspetto proprio dalla l.85/2009 -,

¹⁹⁸ Cass.pen., Sez. IV, n. 25918 del 12/02/2009 - dep. 19/06/2009, Di Paola e altri, in CED Cass., Rv. 244224. In dottrina, in senso critico, LEPERA, *Il prelievo di reperti organici all'insaputa dell'indagato: una prassi contra legem*, in

Giust. pen., 2013, n. 12, parte III, pag. 645 s.s..

¹⁹⁹ Cass. pen., Sez. I, n. 48907 del 20/11/2013 - dep. 05/12/2013, P.M. in proc. Costantino, in CED Cass., Rv. 258269; Cass. pen., Sez. I, n. 1028 del 02/11/2005 - dep. 12/01/2006, Esposito ed altri, in CED Cass., Rv. 233132.

²⁰⁰ Corte cost., sent.n. 238/1996 del 27/6/1996 (p.u. 11/6/1996), dep. 9/7/1996, in G.U. 17/07/1996, Presidente Ferri - Redattore Granata.

nell'ambito delle operazioni tecniche dirette all'estrazione del profilo genetico dai campioni organici ed alla successiva comparazione degli stessi²⁰¹.

Infine, utilizzando l'argomento offerto dalla disposizione di cui all'art. 349 comma 2 bis, c.p.p., che consente che le operazioni di identificazione comportanti il prelievo coattivo di capelli o saliva possano essere *compiute dalla Polizia Giudiziaria*, nel rispetto della dignità personale del soggetto e previa autorizzazione scritta oppure resa oralmente e confermata per iscritto dal Pubblico Ministero, la Suprema Corte ha stabilito che la detta attività prodromica ed ancillare rispetto alle successive analisi tecniche non richieda competenze specialistiche, a meno che non implichi l'acquisizione di campioni di tessuto interno, riconducibili a materiale organico non apprendibile senza l'utilizzo di tecniche chirurgiche o senza il ricorso a competenze mediche²⁰².

4. L'estrpolazione e la decodificazione del DNA e la comparazione dei profili genetici.

Diversamente l'estrpolazione del profilo genetico rinvenibile sui campioni e/o la decodificazione dell'impronta genetica prelevata da persona vivente, con o senza il di lei consenso, sono attività che richiedono sempre l'attivazione di competenze specialistiche, essendo operazioni tecniche di significativa complessità.

In effetti, il procedimento di identificazione del DNA della persona attraverso l'utilizzo del profilo genetico si articola in fasi distinte costituite dall'estrpolazione del profilo genetico presente sui reperti; dalla decodificazione dell'impronta genetica dell'indagato; dalla comparazione tra i due profili.

Sollecitata sul punto, la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto soltanto all'operazione di *estrpolazione* del profilo genetico dai reperti rilevati su oggetti presenti sulla scena del crimine o dai campioni prelevati da cadavere un profilo di *eventuale irripetibilità* dipendente sia nella scarsa quantità della traccia genetica, sia nella scadente qualità del DNA presente nella stessa²⁰³; tanto perché il suo espletamento comporta lo svolgimento di attività qualificabili come ripetibili o irripetibili a seconda che, sulla base di una *valutazione di natura esclusivamente tecnico-fattuale*, determinino *la distruzione o il grave deterioramento* dei campioni utilizzati²⁰⁴.

²⁰¹ Cass.pen., Sez. II, n. 2476 del 27/11/2014 - dep. 20/01/2015, Santangelo, in CED Cass., Rv. 261865.

²⁰² Cass.pen., Sez. II, n. 2476/15, Santangelo, in CED Cass., *cit.*

²⁰³ Cass. pen., Sez. I, n. 18246/15, B, in CED Cass., Rv. 263860, *cit.*

²⁰⁴ Cass. pen., Sez. II, n. 2476/15, Santangelo, in CED Cass., Rv. 261867.

Il che significa, sul piano della ricaduta in termini di *utilizzabilità processuale* dei relativi risultati, che, qualora l'extrapolazione del profilo genetico comporti una modificazione irreversibile delle cose oggetto di analisi – ad esempio di mozziconi di sigaretta –, e il detto accertamento non sia compiuto nelle forme stabilite dalle norme di cui al combinato disposto degli artt. 117 disp. att. c.p.p. e 360 c.p.p., non è consentito utilizzare il meccanismo di recupero degli elementi di prova acquisiti nella fase delle indagini preliminari a norma dell'art. 512 c.p.p., difettando il requisito della irripetibilità determinata da fatti e circostanze imprevedibili al momento del compimento dell'accertamento medesimo²⁰⁵.

In ipotesi di concreta irripetibilità dell'operazione di estrazione del DNA dal campione repertato, da compiersi nelle forme stabilite dal citato combinato disposto, ricorre, tuttavia, *l'obbligo del P.M. di dare l'avviso al difensore delle modalità di effettuazione dell'accertamento tecnico solo nel caso in cui al momento del conferimento dell'incarico al consulente sia già stata individuata la persona nei confronti della quale si procede*, non ricorrendo, invece, ove la persona indagata sia stata individuata solo successivamente all'espletamento dell'attività tecnica specialistica²⁰⁶.

Al contrario, l'estrazione del profilo genetico dal materiale biologico proveniente dall'indagato – la c.d. *decodificazione dell'impronta genetica* – è attività pacificamente ripetibile, con la conseguenza che nessun avviso è dovuto all'indagato, salvo il suo diritto di chiedere l'accertamento peritale con attivazione del contraddittorio tecnico sulle operazioni di estrazione del profilo genetico²⁰⁷. Del pari è sempre ripetibile l'attività di comparazione dei profili genetici estratti dai reperti o campioni, poiché questi vengono trasposti in supporti documentali nei quali è riversata la composizione della catena genomica rilevata dall'analisi dei campioni, i quali sono stabili e non modificabili²⁰⁸: sempre che sia stata assicurata la corretta conservazione degli stessi supporti sui quali sono impresse le impronte genetiche²⁰⁹.

²⁰⁵ Cass.pen., Sez. I, n. 11886 del 14/02/2002 - dep. 23/03/2002, Jolibert, in CED Cass., Rv. 221126.

²⁰⁶ Cass.pen., Sez. I, n. 18246/15, B., in CED Cass., Rv. 263858; Cass.pen., Sez. IV, n. 36280 del 21/06/2012 - 20/09/2012, Forlani ed altri, in CED Cass., Rv. 253564; Cass. pen., Sez. II, n. 45929 del 24/11/2011 - dep. 09/12/2011, Cocuzza, in CED Cass., Rv. 251373; Cass. pen., Sez. II, n. 37708 del 24/09/2008 - dep. 03/10/2008, Vastante, in CED Cass., Rv. 242094.

²⁰⁷ Cass.pen., Sez. II, n. 2476/15, Santangelo, in CED Cass., *cit.*.

²⁰⁸ Cass. pen., Sez. II, n. 2087 del 10/01/2012 - dep. 19/01/2012, Bardhaj e altri, in CED Cass., integrando la comparazione dei profili genotipici estratti dai campioni e reperti di materiale organico attività del tutto analoga a quella della comparazione delle impronte papillari prelevate con quelle già in possesso della polizia giudiziaria,

5. Il valore processuale degli accertamenti genetici.

L'ultima questione con la quale l'interprete del diritto positivo si deve cimentare è quella di accertare quale valenza processuale possano assumere gli esiti dell'indagine genetica condotta secondo le scansioni procedurali precedentemente ricostruite.

Invero la consolidata giurisprudenza di legittimità riconosce, di regola, agli esiti dell'indagine genetica condotta sul DNA *natura di prova*, atteso l'elevatissimo numero delle ricorrenze statistiche confermative, tale da rendere infinitesimale la possibilità di un errore²¹⁰, o, comunque - allorché il calcolo si attesti comunque su una compatibilità elevata - pieno valore di elemento indiziario grave, che, unitamente ad altri, consente di risalire e provare il fatto ignoto²¹¹.

Quid iuris, tuttavia, nell'ipotesi in cui le attività di repertazione, conservazione ed analisi dei campioni delle tracce genetiche siano state svolte <<in un contesto di accertamenti e rilievi assai poco rispettosi delle regole consacrate dai protocolli internazionali e da quelle cui deve ispirarsi l'attività di ricerca scientifica>>²¹²?

Il principio della necessaria correttezza metodologica nelle fasi di raccolta, conservazione ed analisi dei dati biologici, tali da preservarne integrità e genuinità, come necessario presupposto della successiva valenza processuale dei relativi esiti - sia che ad essi si assegni portata probatoria (in termini di certezza dell'identificazione della persona) che portata indiziaria (in termini di compatibilità) - è stato ribadito - come già ricordato - di recente dalla Suprema Corte nella sentenza n. 36080/15, Knox/Sollecito, e trova giustificazione nella stessa nozione di indizio offerta dall'art. 192 comma 2, c.p.p. . In effetti, ad avviso del Giudice di vertice, i connotati della gravità, precisione e concordanza, richiesti al fine di far assurgere un elemento processuale alla dignità di indizio, si compendiano nella c.d. "*certezza*" dell'indizio, quale garanzia che la procedura con la quale si perviene alla dimostrazione del tema di prova - fatto ignoto - partendo da un fatto noto e, dunque, accertato come vero, non sia viziata *in nuce* da fallacia ed inaffidabilità metodologica avendo preso le mosse da premesse fattuali non precise e gravi e dunque certe. Ed

rispetto alla quale la relazione della polizia giudiziaria riguardante la comparazione tra le impronte digitali dell'imputato e quelle rilevate sul luogo del delitto è atto ripetibile.

²⁰⁹ Cass. pen., Sez. II, n. 2476/15, Santangelo, in CED Cass., *cit.*, Rv. 261866.

²¹⁰ Cass. pen., Sez. I, n. 48349 del 30/06/2004 - dep. 15/12/2004, Rizzetto, in CED Cass., Rv. 231182.

²¹¹ Cass. pen., Sez. II, n. 8434 del 05/02/2013 - dep. 21/02/2013, Mariller, in CED Cass. Rv. 255257.

²¹² Cass. pen., Sez. V, n. 36080/15, Knox e altri, *cit.*

ha perciò concluso nel senso che il dato di analisi genetica - che si sia svolta in violazione delle prescrizioni dei protocolli in materia di repertazione e conservazione – non può dirsi dotato dei caratteri della gravità e della precisione, sia in ipotesi di identità, che di mera compatibilità con un determinato profilo genetico, a tale dato non potendosi riconnettere rilevanza alcuna, neppure di mero indizio.

Esso può costituire, in ogni modo, <<un dato processuale, che, ancorché privo di autonoma valenza dimostrativa, è comunque suscettivo di apprezzamento, quanto meno in chiave di mera conferma, in seno ad un insieme di elementi già dotati di soverchiante portata sintomatica>>²¹³.

²¹³ Cass. pen., Sez. V, n. 36080/15, Knox e altri, *cit.*, in CED Cass., Rv. 264863.

EDMONDO CACACE

Classificazione delle valutazioni tecniche della p.a., riparto di giurisdizione e sindacato dell'Autorità Giudiziaria

SOMMARIO: 1. Premessa: la ricostruzione tradizionale e la “svolta” della sentenza 601/1999 del Consiglio di Stato. - 2. Classificazione del *genus* non omogeneo delle valutazioni tecniche. - 3. La discrezionalità tecnica in senso stretto. - 4. Conseguenze in tema di riparto di giurisdizione e di poteri dell'Autorità Giudiziaria.

1. Premessa: la ricostruzione tradizionale e la “svolta” della sentenza 601/1999 del Consiglio di Stato.

Come è dimostrato dalla stessa denominazione – discrezionalità tecnica – con cui tradizionalmente si qualifica l'attività amministrativa di analisi della realtà mediante operazioni di ordine tecnico, per lungo tempo si è ritenuto che le valutazioni che presuppongono l'utilizzo di specifiche conoscenze scientifiche e che pertanto risultano caratterizzate da un elevato tasso di complessità dovessero essere assimilate all'esercizio del potere discrezionale e che quindi dovessero seguirne il medesimo regime giuridico. Ciò ha comportato che la scientificità di tali valutazioni e spesso l'opinabilità dei risultati cui esse conducono fossero ritenute afferenti a quel nucleo di merito amministrativo insindacabile in sede giurisdizionale e che i provvedimenti emanati a seguito dell'esercizio di un simile potere fossero scrutinabili solo sotto il profilo esterno dell'errore di fatto, della loro illogicità o del difetto, dell'incongruità o della contraddittorietà della motivazione.²¹⁴

Come è noto, questa ricostruzione è stata criticata da chi in letteratura²¹⁵ ha rilevato che la complessità di tali operazioni scientifiche non ne consente una effettiva assimilazione alla

²¹⁴ Nel senso tradizionale per cui le valutazioni di tipo tecnico, del pari di quelle mera opportunità amministrativa, rientrano nella determinazione di merito della p.a., sottratta al sindacato di legittimità: cfr., per tutti, P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, pp. 95 ss. Anche la dottrina più antica, del resto, pur non assimilando pienamente le due forme di discrezionalità e ritenendo che quella tecnica, a differenza di quella cd. pura, sia caratterizzata dalla presenza di una norma, sebbene imprecisa, che regola e che funge da raffronto del modo di esercizio del potere, riteneva non sindacabili dall'Autorità Giudiziaria le valutazioni operate della p.a.: così F. CAMMEO, *La competenza di legittimità dalla IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, *Giur. It.*, III, 1910 e E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. It.*, 1910.

²¹⁵ Fra i primi a mettere dogmaticamente in crisi l'assimilazione fra le due forme di discrezionalità, C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Giuffrè, Milano, 1985, che esclude tuttavia lo scrutinio in sede giudiziaria delle valutazioni tecniche, considerate una struttura, per quanto morfologicamente diversa, di reale

discrezionalità cd. pura, mancando nel primo caso le caratteristiche specifiche di tale tipologia di potere che sono la ponderazione dei diversi interessi a confronto e la conseguente scelta di merito riguardante il concreto esercizio del potere amministrativo. Sulla base di tale considerazione, a partire dalla nota pronuncia del Consiglio di Stato, IV sez., 9 aprile 1999 n. 601,²¹⁶ la prevalente opinione giurisprudenziale e dottrina ritiene che l'attività di valutazione tecnica operata dall'amministrazione, per quanto caratterizzata da una maggiore difficoltà concreta, non diverga dalla complessiva operazione di accertamento dei fatti storici, di sussunzione degli stessi nelle fattispecie legislative e di conseguente applicazione delle norme giuridiche, priva di componenti discrezionali e che sia pertanto dogmaticamente riconducibile all'attività vincolata.²¹⁷ Tale tesi, di conseguenza, ritiene che l'Autorità Giudiziaria (Amministrativa) possa effettuare un sindacato intrinseco delle operazioni compiute dall'amministrazione attraverso l'ausilio dello strumento processuale della consulenza tecnica, discutendosi soltanto sui confini di tale più intenso scrutinio.

Questa più recente ricostruzione, per quanto diffusa, non appare tuttavia del tutto convincente; una spia sistemica delle perplessità che può sollevare si evince del resto dai rilievi di quella dottrina e da quella stessa giurisprudenza amministrativa che non ne fanno conseguire le logiche conclusioni che da essa dovrebbero discendere, escludendo che allorquando norme di legge delineino un determinato regime per l'attività amministrativa vincolata le stesse possano meccanicamente applicarsi anche alla discrezionalità tecnica, come nel caso della non annullabilità del provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma (art. 21^{octies} l. 241/90) o nell'ipotesi in cui, di fronte al silenzio della p.a., il giudice amministrativo possa valutare la fondatezza della pretesa (art. 31 co. III c.p.a.).²¹⁸

potere amministrativo e come tale riservata all'amministrazione. In modo più radicale, F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giurisdizionale sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, pp. 371 ss., esclude invece che l'applicazione di regole tecniche possa comportare esercizio di potere amministrativo, costituendo invece un limite esterno allo stesso. Parimenti critico è V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, p. 489 che giunge a contestare «l'ambiguità e la confusione terminologica» della stessa nozione di discrezionalità tecnica.

²¹⁶ Fra i commenti a tale importante sentenza, cfr. A. TRAVI, *nota*, in *Foro it.*, 2001, III, p. 11, M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 182 e P. LAZZARA, «Discrezionalità tecnica» e situazioni giuridiche soggettive, *Dir. proc. amm.*, 2000, pp. 212 ss.

²¹⁷ Ritiene assente qualsiasi componente volitiva dall'analisi di giudizio delle valutazioni di tipo tecnico, G. IANNINI, *Vizi procedurali e discrezionalità tecnica*, in *Corr. Merito*, 2006, 6, p. 801.

²¹⁸ D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in www.astridonline.it, 2008, nel ricostruire quali siano gli atti vincolati rispetto ai quali l'art. 21^{octies} l. 241/1990 dispone la non annullabilità

2. Classificazione del genus non omogeneo delle valutazioni tecniche.

Tali discrasie, probabilmente, discendono da una questione più generale: si può rilevare, infatti, che a risultare poco appagante sembra proprio la schematica e semplicistica riconduzione dell'intera attività valutativa tecnica della p.a. all'attività vincolata, trattandosi di concetti che innanzitutto sotto il profilo dogmatico appaiono non sovrapponibili, o quantomeno non del tutto. Come si osservava, dunque, pare opportuno analizzare distintamente la natura giuridica della discrezionalità tecnica per riflettere poi autonomamente riguardo alle conseguenze che discendono in tema di giurisdizione e di poteri dell'Autorità Giudiziaria.

Come è stato acutamente rilevato,²¹⁹ quello delle valutazioni tecniche è probabilmente un *genus*. Ed in effetti tale ampia nozione appare all'osservatore come un insieme eterogeneo che ha il suo nucleo comune nelle valutazioni scientifiche di elementi fattuali, le quali possono però differire per il livello di concretezza dell'oggetto analizzato, per il grado di precisione delle norme che le prevedono e regolano, per le modalità con cui l'amministrazione le pone in essere, per il grado di opinabilità delle conclusioni cui possono condurre nonché per il modo con cui si combinano con gli altri elementi della fattispecie astratta cui l'amministrazione è chiamata a dare attuazione.

L'assenza di una componente valutativa che riguardi la comparazione fra gli interessi a confronto in uno specifico caso concreto sembra distinguere, tendenzialmente, questo insieme di valutazioni scientifiche da quelle di opportunità che caratterizzano la discrezionalità amministrativa. Ciò, tuttavia, non è sufficiente per affermare di essere in presenza di un'attività che è sempre strettamente esecutiva della legge e che non implica mai una ponderazione e una

qualora sia palese che il loro contenuto non avrebbe potuto essere diverso, esclude possano esservi ricondotti quegli atti la cui emanazione sia condizionata all'accertamento di un presupposto la cui verifica è oggetto di una valutazione contenente margini di discrezionalità anche solo di tipo tecnico, come nel caso di un accertamento della sussistenza dello stato di pericolo. Parallelamente, la prevalente giurisprudenza amministrativa esclude che nel giudizio conseguente al silenzio della p.a., allorquando l'attività amministrativa sia caratterizzata da discrezionalità tecnica, il Giudice Amministrativo possa valutare la fondatezza della domanda proposta ai sensi dell'art. 31 c.p.a.: *ex pluriis*, Tar Campania, sez. II, 795/2007, Tar Toscana, sez. III, 36/2008. Parimenti, il CdS, Ad. Pl., 15/2011, nel ritenere ammissibile, in presenza di un provvedimento espresso di rigetto, un'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto, confina la medesima alle sole ipotesi di attività vincolata, escludendola ove sussistano profili non solo di discrezionalità amministrativa, ma anche di discrezionalità tecnica.

²¹⁹ L. R. PERFETTI, *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 1997, pp. 1727 ss. e ID., *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 2000, pp. 424 ss.; E. FOLLIERI, *Situazioni giuridiche soggettive dell'amministrazione*, in *Diritto amministrativo* (a cura di F. Scoca), Torino, 2012, pp. 152-156.

scelta relativa ad interessi e quindi un esercizio di potere amministrativo; al contrario, dal livello e dalle forme che contraddistinguono le suindicate variabili caratteristiche che riguardano l'oggetto delle valutazioni scientifiche e dal modo in cui in concreto si combinano fra loro, può ben verificarsi che quando l'amministrazione effettui valutazioni tecniche esista un momento decisionale di tale operazione in cui si concentra una scelta valoriale e che rimane ad essa riservato.

Sotto il profilo teorico pare infatti possibile classificare il composito *genus* delle valutazioni tecniche operate dalla p.a. in tre macro-aree contrassegnate da elementi strutturali e dogmatici distinti.

In alcune circostanze, in base all'elevata concretezza del fatto storico analizzato o al rigore della norma che circoscrive le modalità con cui la valutazione deve essere effettuata, l'attività dell'amministrazione può dirsi effettivamente niente più che esecutiva delle disposizioni legislative. Più in particolare, tutte quelle volte in cui l'utilizzo di cognizioni tecniche conduce ad un risultato che può definirsi scientifico, nel senso di certo negli esiti in quanto successivamente verificabile, e allorquando la norma attributiva della facoltà-obbligo di condurre una valutazione tecnica definisce con precisione gli eventuali ulteriori elementi della fattispecie che si integrano con gli esiti della valutazione e quindi disciplina in modo chiaro la successiva azione amministrativa, si è in presenza di un'attività priva di alcuna componente di merito e che è corretto ritenere dogmaticamente omogenea a quella vincolata.²²⁰

Del resto, non si dubita generalmente di tale conclusione allorquando la valutazione da compiere sia tecnicamente semplice e conduca quindi ad un risultato certo e facilmente verificabile, tanto che tale ipotesi viene tradizionalmente considerata dogmaticamente autonoma e qualificata con la specifica locuzione di "accertamento tecnico".²²¹ La medesima conclusione, tuttavia, va tenuta ferma anche nel caso in cui l'operazione tecnica sia di maggiore complessità ed il dato scientifico cui conduce, anche se univoco, sia più difficoltoso da accertare.

²²⁰ Per una definizione del concetto di attività vincolata, si veda R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 63: «Nell'attività vincolata l'agire appare integralmente disciplinato, sono precisamente stabiliti i presupposti di fatto e le conseguenze giuridiche; vi è, dunque, una sola determinazione corrispondente al legittimo esercizio della potestà e non vi è alcuno spazio di scelta per l'amministrazione».

²²¹ Categoria che generalmente si ritiene contraddistinta per l'assenza di alcuna opinabilità sia nelle modalità di esecuzione sia soprattutto nel risultato dell'operazione tecnica in ragione della semplicità dei fatti oggetto di valutazione.

In questa prospettiva, limitatamente a tali ipotesi, è quindi condivisibile la svolta giurisprudenziale che riconduce questo tipo di valutazioni tecniche all'attività vincolata proprio perché, in presenza di un risultato certo a cui l'attività valutativa è in grado di giungere e di una precisa predeterminazione legislativa della conseguente azione amministrativa, non pare che il livello di complessità dell'operazione possa modificare la natura giuridica della medesima. Sia che l'attività cognitiva realizzata mediante un accertamento tecnico sia semplice, come nel caso di misura dei requisiti fisici di una persona o di quelli spaziali di un immobile, sia che richieda operazioni scientificamente più complesse, come nel caso di analisi chimica volta a stabilire la composizione stupefacente di una sostanza o di valutazioni che attengono alle scienze delle costruzioni riguardanti la stabilità di un edificio, ciò che risulta dirimente è la possibilità o meno di giungere ad un esito processualmente incontrovertibile. Se ciò accade e la susseguente attività amministrativa è predefinita dalla legge, la valutazione tecnica si inserisce in una vincolata esecuzione di quest'ultima. Si può anzi affermare che anche sotto il profilo terminologico pare inopportuno distinguere questo tipo di attività, discorrendo di accertamento tecnico o di discrezionalità tecnica a seconda della facilità o meno dell'operazione, essendo preferibile qualificare unitariamente tutte le valutazioni tecniche in grado di condurre ad un risultato certo e ricondurle all'attività vincolata dell'amministrazione con tutte le conseguenze, anche in tema di giurisdizione, che da ciò discendono.

In altre situazioni, tuttavia, non pare corretto ritenere che l'operazione di valutazione tecnica compiuta dall'amministrazione sia in realtà completamente scevra da una scelta di tipo valoriale; può infatti accadere che l'utilizzo di conoscenze scientifiche si inserisca in un più ampio processo decisionale nel quale venga effettuato un confronto fra diversi interessi. Infatti, così come può verificarsi, in tutte quelle ipotesi che vengono in dottrina classificate con la locuzione, meramente descrittiva, di "discrezionalità mista", che il momento valutativo tecnico sia cronologicamente distinto e logicamente servente a quello successivo in cui l'amministrazione compie una scelta di merito sulle modalità di esercizio del potere, può ben succedere che in concreto le due componenti discrezionali risultino strutturalmente fuse in un unico contesto logico-temporale, per cui

attraverso la valutazione di tipo scientifico si opera anche, contestualmente, la ponderazione fra i diversi interessi e quindi si condiziona inevitabilmente la scelta di opportunità.²²²

In non poche circostanze accade infatti che una valutazione formalmente di ordine tecnico, anche in ragione della poca concretezza dello stesso oggetto fattuale su cui si esegue la medesima o della scarsa determinatezza della norma che la prevede, incida in via automatica sulla scelta di merito cui è chiamata l'amministrazione, cosicché l'operazione valutativa, condotta con l'utilizzo di cognizioni scientifiche, sia al tempo stesso il momento di ponderazione valoriale in cui si sostanzia la discrezionalità.²²³

Di tale possibilità sembra del resto consapevole lo stesso legislatore che all'art. 17 co. II l. 241/1990, in presenza degli interessi di rilievo costituzionale della tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini, esclude che all'interno di un procedimento che richieda l'acquisizione di valutazioni di tipo tecnico di amministrazioni preposte alla salvaguardia di tali interessi, queste possano essere sostituite richiedendole a diverse amministrazioni dotate di pari qualificazione e capacità tecniche o alle Università. Un simile divieto, nonostante appunto l'equivalenza delle cognizioni e capacità delle amministrazioni che potrebbero effettuarle, non può discendere infatti che dal rilievo che valutazioni in apparenza di ordine puramente scientifico possano non di rado condizionare le scelte valoriali di comparazione fra i diversi interessi a confronto e dalla volontà politica del Legislatore quindi di impedire, in presenza di così delicati e rilevanti interessi come quelli evidenziati, che una scelta di opportunità che coinvolga simili interessi venga assunta senza il concorso delle autorità preposte alla tutela dei medesimi.²²⁴

²²² Evidenza tale possibile contestualità o addirittura coincidenza M. PROTTO, *La discrezionalità tecnica sotto la lente del g.a.*, in *Urb. e app.*, 2001, che ne fa derivare una diversa tipologia di sindacato intrinseco dal parte dell'Autorità Giudiziaria.

²²³ Nel senso che le valutazioni tecniche, tanto quando afferiscono all'esercizio di attività vincolata quanto a poteri discrezionali, risultano sempre funzionalizzate al perseguimento dell'interesse pubblico, V. BACHELET, *L'attività tecnica della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1967. Interessante, in questa prospettiva, la distinzione che F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 684 ss., opera fra gli "acclamamenti tecnici" e le "valutazioni di tipo operativo" al fine di osservare che le seconde non possono essere ritenute neutrali rispetto alla scelta assiologica poiché caratterizzate da quella tensione verso la composizione degli interessi in gioco che le assimila strutturalmente alla discrezionalità amministrativa.

²²⁴ Non è superfluo osservare che una simile previsione legislativa di riserva di decisione in capo ad uno specifico plesso amministrativo produce i propri effetti diretti nei rapporti con le competenze delle altre strutture amministrative e si riflette altresì nelle relazioni con l'Autorità Giudiziaria riguardo ai limiti del sindacato ad essa consentito, senza tuttavia costituire alcuna "riserva di amministrazione" nel senso di divieto di successivo intervento

A titolo esemplificativo, può essere rilevato che allorquando l'autorità amministrativa a ciò preposta effettua una valutazione dell'impatto ambientale di un progetto, alla luce degli obiettivi stabiliti dalla legge che fungono da parametro di tale operazione (art. 4 co. III e IV lett. b del d. lgs. 152/2006) – i quali, oltre che essere non fra di loro necessariamente convergenti, comprendono anche concetti come quello di “sviluppo sostenibile” che implicano inevitabilmente una determinazione di sintesi che afferisce all'opportunità – realizza una valutazione che richiede senz'altro l'utilizzo di cognizioni tecniche, ma che al tempo stesso esprime una ponderazione fra interessi che è connessa alla scelta opportunistica di merito amministrativo.²²⁵

In simili ipotesi, nelle quali la valutazione di tipo tecnico è contemporanea o comunque inscindibile perché intimamente collegata con la valutazione degli interessi, sembra in realtà un artificio attribuire all'operazione tecnica una portata esclusivamente scientifica e quindi neutrale rispetto alla scelta valoriale: in tali casi pare corretto classificare l'intera valutazione, sia nelle componenti scientifiche sia in quelle di merito, nell'area della discrezionalità amministrativa in senso stretto e applicare ad essa il regime giuridico di quest'ultima²²⁶.

3. La discrezionalità tecnica in senso stretto.

Inoltre, sembra possibile ravvisare un terzo sottoinsieme di attività amministrative che comportano valutazioni di tipo tecnico che presentano caratteri distintivi rispetto a quelle finora esaminate. Di fianco infatti a queste due aree nelle quali le valutazioni tecniche restano inserite ed in qualche modo fatalmente assorbite in un esercizio delle competenze amministrative riconducibile alla tradizionale dicotomia fra attività vincolata o discrezionale, sembra potersi individuare un'ulteriore categoria di valutazioni di ordine scientifico caratterizzata da elementi

di una legge-provvedimento nella materia; una tale interdizione, che l'opinione prevalente ritiene non sussistere nell'ordinamento italiano, non potrebbe certo discendere da una previsione di rango normativo primario, ma soltanto da una disposizione o dall'impianto costituzionale. Sulla questione sia consentito rinviare a E. CACACE, *Riserva di amministrazione e legge-provvedimento*, in *Schemi ragionati di diritto civile, diritto penale e diritto amministrativo* (a cura di A. Lepre), Esi, Napoli, 2013, pp. 295-304.

²²⁵ L'evoluzione giurisprudenziale ha del resto ormai preso atto che il sindacato in tema di VIA è connotato da ampi margini di vera e propria discrezionalità: così CdS, VI sez., 548/2004, CdS, VI sez., 2851/2006 e, più di recente, CdS, 3561/2011 e 1640/2012. Sul punto, C. BARTOCCIONI, *Discrezionalità tecnica ed amministrativa in tema di valutazioni di impatto ambientale*, in *Gazzetta amm.*, 2, 2012, pp. 84-87.

²²⁶ L'area delle valutazioni tecniche riconducibili alla discrezionalità cd. pura può estendersi dunque anche ad analisi di situazioni specifiche che si riversano in puntuali provvedimenti, senza essere confinata alle sole ipotesi di atti generali di indirizzo politico-amministrativo, come sembra ritenere L. PERFETTI, *op. cit.*, la cui ricostruzione generale che tripartisce l'insieme eterogeneo della discrezionalità tecnica resta in ogni caso condivisibile.

morfologici differenti da quelli finora analizzati e alla quale pertanto pare corretto attribuire un'autonomia dogmatica.

Innanzitutto, in tale distinto settore vanno inquadrare tutte quelle valutazioni di ordine tecnico che vengono condotte dall'amministrazione nell'ambito delle attività concorsuali selettive, ove esiste cioè una comparazione fra i concorrenti. In tali casi non soltanto la p.a. deve condurre una valutazione riguardo alle competenze, alla preparazione o al possesso di peculiari caratteristiche o qualità dei partecipanti, ma deve anche condurre una comparazione fra il grado di possesso di tali elementi fra i diversi concorrenti. All'interno di questa doppia valutazione tecnica, ed in particolare nel secondo di tale momenti, esiste un'ineliminabile componente soggettiva che deve guidare la scelta dei vincitori in ragione della peculiarità del potere cui l'amministrazione è chiamata a dare attuazione. Allorquando una commissione giudicatrice è chiamata a valutare comparativamente, per esempio, la preparazione dei candidati per un concorso di assunzione di pubblici dipendenti o ad individuare il miglior contraente per l'aggiudicazione di un bando di gara con cui poi stipulare un contratto pubblico, essa non deve soltanto valutare l'idoneità dei concorrenti, ma anche mettere gli stessi a confronto per scegliere il candidato o l'impresa che merita di essere dichiarato vincitore.

Si tratta di una forma di esercizio di potere amministrativo ben diversa dalle valutazioni tecniche che vengono realizzate durante un esame di abilitazione, un'omologazione di un oggetto o una qualsiasi procedura valutativa finalizzata ad ottenere un'idoneità senza che vi sia un numero chiuso di soggetti cui è possibile rilasciarla e quindi una necessaria comparazione fra gli stessi. La differenza è duplice e sta sia nell'irripetibilità del momento cronologico in cui si verificano le procedure concorsuali sia, soprattutto, nel fatto che nelle procedure effettivamente comparative vi è una valutazione finalizzata a soddisfare un pubblico interesse, eventualmente coincidente con quello privatistico al rispetto del merito e della trasparenza, ma che è preminente nel condurre la valutazione di tipo tecnico e consiste nell'individuazione del migliore o dei migliori fra i concorrenti.

In tale elemento di scelta è assente quella ponderazione fra diversi interessi a confronto in cui si sostanzia la discrezionalità cd. pura, ma tuttavia non si è nemmeno in presenza di una vincolata esecuzione di quanto deciso in sede legislativa dove, per definizione, risulta infatti assente una componente di scelta amministrativa; attraverso questa valutazione di ordine tecnico si

conduce invece un raffronto e quindi una scelta orientata dal suo esito, sebbene tale ponderazione non si verifica fra interessi diversi, ma è guidata da quell'unico interesse cui la legge, o spesso gli stessi principi di rango costituzionale o comunitario, attribuiscono preminenza.²²⁷ Trattandosi di una valutazione che attraverso strumenti o cognizioni tecniche opera una comparazione alla luce di uno specifico interesse pubblicistico da soddisfare, non pare si possa dubitare che tale complessiva attività afferisca all'esercizio di potere amministrativo in senso stretto al cui confronto si situano interessi legittimi e che il momento strettamente comparativo vada quindi ricondotto propriamente al merito amministrativo.

In tale ottica si comprende perché la dottrina osservi che, al di là delle uniformi affermazioni di principio con cui il Consiglio di Stato dichiara ormai che l'area della discrezionalità tecnica non sia riconducibile alla discrezionalità bensì all'attività vincolata, in realtà si verificano delle oscillazioni riguardo all'intensità del sindacato con cui la giurisprudenza amministrativa esamina le valutazioni tecniche operate dall'amministrazione e si ravvisa una particolare prudenza in presenza dei sindacati sui giudizi delle commissioni esaminatrici, come nel caso della materia dei concorsi universitari o di quelli per posti dirigenziali nella p.a.²²⁸ Tale *self-restraint* del giudice amministrativo, per quanto non sempre adeguatamente motivato nelle singole pronunce sulla base di una compiuta riflessione dogmatica, è infatti condivisibile e, come osservato, trova uno specifico fondamento nel tipo di valutazione tecnica operata dall'amministrazione in presenza di procedure concorsuali selettive. Se infatti il momento valutativo dell'idoneità di uno specifico

²²⁷ F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, Relazione sul tema "Attualità e problemi delle valutazioni tecniche", svolto presso l'Università di Padova il 19 aprile 2008, consultabile sul sito lexitalia.it, osserva efficacemente che anche la discrezionalità tecnica, come quella amministrativa, dà luogo ad una valutazione di interessi, distinguendosi dalla seconda per il fatto di concentrarsi su di un unico interesse e che pertanto anch'essa attiene al merito amministrativo che è innanzitutto una valutazione su interessi. Ritenendo non esaustiva la bipartizione dell'attività amministrativa fra quella vincolata e quella discrezionale, D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Cedam, Padova, 1995, ricostruisce l'intero insieme delle attività della p.a. dando autonomia a quelle operazioni amministrative di valutazione della realtà che, pur non avendo quindi ad oggetto degli interessi, sono orientate dal perseguimento dell'interesse pubblico, svalutando così l'aspetto tecnico presente in alcune di esse.

²²⁸ Cfr. rispettivamente CdS, VI, 1166/2011; V, 1506/2009; V, 5608/2006 e CdS, IV, 4212/2012 che, nella materia concorsuale, discorrono di una discrezionalità tecnica censurabile sul piano della legittimità, ma senza entrare nel merito della valutazione. Propriamente nel senso di quanto si sostiene in queste pagine CdS, VI, 1970/2010 statuisce che "resta comunque fermo il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, potendo il giudice amministrativo censurare la sola valutazione che si pone al di fuori dell'ambito di opinabilità, poiché altrimenti sostituirebbe all'apprezzamento opinabile dell'amministrazione quello proprio ed altrettanto opinabile", affermando un principio che non ha motivo di essere confinato alla sola materia concorsuale, ma che è applicabile a tutte le valutazioni scientifiche della p.a. caratterizzate da opinabilità.

concorrente, per quanto da indagare sulla base di nozioni scientifiche che possono risultare complesse, conduce ad un risultato chiaro e quindi ampiamente sindacabile e non è orientato dal soddisfacimento di interessi, diversa è morfologicamente la successiva comparazione fra le qualità dei concorrenti e di scelta fra di essi, poiché finalizzata invece a realizzare il pubblico interesse che domina la procedura e caratterizzata quindi da elementi legati inevitabilmente alla soggettività dei selezionatori, per cui il sindacato giudiziario su tale distinto elemento deve risultare più contenuto, a meno che non si teorizzi che l'effettiva selezione orientata dall'interesse possa essere operata dell'Autorità Giudiziaria anziché dell'amministrazione.

A quest'ultima fra le tre aree in cui pare corretto suddividere il *genus* delle valutazioni tecniche sembra che possano anche essere ricondotte quelle operazioni scientifiche che inevitabilmente sono connotate da elementi di opinabilità relativi alle modalità con cui l'amministrazione le pone in essere o, ancor di più, agli esiti cui possono condurre. In tutte quelle circostanze in cui la p.a. contribuisce a determinare il contenuto dei propri provvedimenti attraverso i risultati cui conduce una valutazione tecnica da essa compiuta che, per il modo in cui viene eseguita o per le conclusioni cui giunge, non presenta degli elementi di certezza, a maggior ragione se la norma attributiva del potere presenta poca determinatezza nel definire i presupposti del medesimo (es. "situazione di grave pericolo") o se la valutazione concerne fatti storici dotati di scarsa concretezza materiale (es. "abuso di posizione dominante"), l'attività amministrativa non è parimenti riconducibile a quella vincolata.

Pur essendo assente la componente dell'opportunità attinente al confronto fra plurimi interessi, anche nelle modalità concrete di azione amministrativa ora descritte si è lontani dalla vincolata esecuzione della legge che comporta la mera verifica degli elementi da essa previsti in sede di deliberazione di un atto; in queste situazioni, al contrario, la presenza di un momento di scelta, fra diverse modalità parimenti valide sotto il profilo scientifico su come condurre una valutazione o fra distinti risultati cui l'operazione correttamente eseguita può condurre, contraddistingue questo tipo di attività amministrative. Anche in questi casi esiste dunque un elemento di scelta finalizzato al miglior perseguimento dell'interesse pubblico che va ricondotto

all'esercizio di potere amministrativo in senso stretto, che è certamente sindacabile dal Giudice Amministrativo entro tuttavia i confini della legittimità della decisione.²²⁹

In molteplici ambiti scientifici sono ravvisabili dei settori nei quali le concrete modalità di indagine valutativa della realtà possono essere condotte in modalità parimenti corrette per giungere a dei risultati divergenti ma che ugualmente non possono essere ritenuti erronei. Nella fisica o nelle scienze ingegneristiche, per esempio, è ben possibile che le modalità di analisi spaziale della realtà possano essere realizzate con plurimi metodi di indagine accettati nella comunità scientifica. Accade in altre circostanze che la medesima operazione valutativa possa condurre a diversi risultati: nella scienza medica, ancora a titolo esemplificativo, non è infrequente che di fronte ad una determinata diagnosi si possano prospettare plurime e divergenti modalità di cura del paziente.

In tutte queste situazioni caratterizzate da un tasso di opinabilità nelle modalità di scelta dell'amministrazione su come condurre le valutazioni tecniche, fra alternative scientificamente corrette, o su quali risultati preferire fra le diverse soluzioni cui la valutazione correttamente eseguita ha condotto, non pare possa negarsi di essere in presenza di un effettivo esercizio di potere amministrativo che deve essere guidato dalla cura in concreto dell'interesse pubblico, che necessita di una adeguata motivazione e che è sindacabile dal giudice amministrativo nei limiti in cui tale sindacato non comporti invasioni nel merito amministrativo. Rispetto a questa area "intermedia" di valutazioni tecniche contraddistinte da elementi di opinabilità, non riconducibile all'attività discrezionale e neppure a quella vincolata, non sembra allora improprio l'utilizzo, che pure è stato criticato in dottrina,²³⁰ della tradizionale terminologia che classifica queste forme di attività amministrative che coinvolgono lo svolgimento di simili valutazioni scientifiche con la locuzione "discrezionalità tecnica": la scelta fra le diverse ed opinabili alternative non è infatti libera, ma propriamente discrezionale nel senso di orientata dal fine pubblicistico da perseguire; al tempo stesso, questo ancoraggio all'interesse pubblico che guida nella scelta dipende da fattori di tipo tecnico che orientano fra le diverse ed opinabili soluzioni.

²²⁹ Condivisibile è in proposito la considerazione di V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, Milano, 1987, pp. 403 ss. circa l'afferenza al merito amministrativo delle valutazioni di tipo tecnico riguardo alla congruità per raggiungere l'obiettivo prefissato.

²³⁰ Così, L. IEVA, *Valutazioni tecniche e decisioni amministrative*, consultabile in lexitalia.it

Ciò che in definitiva pare erroneo delle tradizionali indagini relative alla discrezionalità tecnica è dunque il voler ridurre ad unità fattispecie storiche che, pur se accomunate dalla presenza di valutazioni di ordine scientifico, sono caratterizzate da elementi di profonda disomogeneità innanzitutto morfologica e che vanno invece classificate in categorie dogmatiche differenti.

4. Conseguenze in tema di riparto di giurisdizione e di poteri dell'Autorità Giudiziaria.

Si è, dunque, fino a questo punto tentato di realizzare una scomposizione ed una classificazione dell'insieme eterogeneo delle valutazioni tecniche; è ora possibile analizzarne le conseguenze giuridiche.

Riguardo alle operazioni di analisi scientifica della realtà che si inseriscono in una attività vincolata dell'amministrazione – in ragione del risultato certo cui la valutazione, anche se complessa, conduce e dell'assenza di componenti discrezionali negli altri elementi della fattispecie astratta in cui essa si inserisce – non si deve fare altro che seguire il regime giuridico proprio di questa tipologia di azione.

Come attenta ed autorevole dottrina ha da tempo evidenziato,²³¹ nell'attività amministrativa vincolata è assente un esercizio di potere inteso in senso pubblicistico e la posizione giuridica del privato è quindi di diritto soggettivo. Senza ripercorrere tutte le argomentazioni e le dispute dottrinarie sul punto, si può osservare che la natura giuridica dell'attività vincolata non differisce dogmaticamente, né per quanto attiene alla struttura morfologica né per le finalità che la caratterizzano, dal rapporto intercorrente fra la pretesa creditoria e l'obbligo debitorio che qualifica l'obbligazione di diritto civile.²³² L'unico elemento distintivo rispetto ad un'obbligazione intercorrente fra due soggetti privati è quello della titolarità in capo ad una Autorità pubblica di una delle due posizioni della relazione, criterio che ai sensi degli artt. 3 e 103 Cost. non muta di certo la natura della medesima. Del resto, la principale elaborazione con cui la giurisprudenza amministrativa contrasta tradizionalmente tale ricostruzione – che consiste nell'osservazione che a

²³¹ Obbligatorio è il riferimento ad A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 3 ss.; similmente A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2002, pp. 47-58.

²³² Come si evince, fra l'altro, dal linguaggio del legislatore che, nel disciplinare all'art. 31 c.p.a. l'azione avverso il silenzio serbato dall'amministrazione, la configura utilizzando la terminologia del diritto civile delle obbligazioni, confinandola ai casi in cui siano assenti margini di discrezionalità nell'emanazione dell'atto e definendo così l'attività vincolata come quella situazione in cui ci sia un «obbligo dell'amministrazione di provvedere», nonché qualificando la mancata esecuzione di tale obbligo come «inadempimento».

fronte dell'attività vincolata possa situarsi tanto una posizione di diritto soggettivo quanto una di interesse legittimo a seconda della finalità privatistica o pubblicistica conseguita attraverso l'azione amministrativa – si dimostra logicamente carente in ragione della perdurante omissione della dimostrazione del presupposto della stessa e cioè del criterio in base al quale distinguere le due forme di attività vincolata.²³³ Dimostrazione giuridica che difficilmente può essere fornita a causa propriamente dell'assenza di discrezionalità o di opinabilità nell'esecuzione della legge che caratterizza tale forma di azione amministrativa, che si realizza mediante la mera verifica della sussunzione o meno della fattispecie storica in quella legale astratta e la cui unica funzionalizzazione è quindi rivolta all'oggettiva attuazione di quanto stabilito in sede legislativa, senza margini di apprezzamento condizionati da interessi.²³⁴

L'assenza di potere amministrativo in senso stretto comporta quindi che, allorquando le valutazioni tecniche si inseriscono in un'attività vincolata dell'amministrazione, esercitando quest'ultima prerogative *de jure gestionis* tipiche dei rapporti privatistici, l'Autorità Giudiziaria che ha giurisdizione sulle relative controversie, alla luce dell'art. 103 Cost., sia quella Ordinaria. L'assenza di valutazioni orientate da pubblici interessi che caratterizza quest'area di analisi scientifiche comporta che il giudice ordinario possa nominare un proprio consulente tecnico d'ufficio ai sensi degli artt. 191 ss. c.p.c., formulandogli i più ampi quesiti ed arrivando anche a chiedergli di ripetere la valutazione di ordine scientifico, e che, alla luce delle conclusioni cui questi è giunto, possa tanto sindacare la correttezza dell'operazione tecnica svolta dalla p.a. quanto sostituire la stessa con le considerazioni del ctu, come avviene in una ordinaria controversia fra due soggetti di diritto comune.

In simili casi, di fronte ad una inerzia dell'amministrazione a seguito di una istanza di un privato, non si ravvisano ostacoli al fatto che quest'ultimo, ritenendo di vantare una posizione

²³³ Osserva inoltre in modo condivisibile A. LEPRE, *Arricchimento ingiustificato ed esecuzione forzata contro la p.a. e gli enti locali*, Milano, 2012, p. 228, che la divisione fra le due attività amministrative di tipo vincolato altro non sarebbe che la riproduzione della distinzione fra le norme di relazione e di azione, dicotomia ritenuta superata alla luce della moderna concezione ed. normativa dell'interesse legittimo (sulla quale M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, p. 180) che presuppone che tutte le norme che disciplinano i poteri dell'amministrazione siano contemporaneamente conformative dell'azione amministrativa e traccino le relazioni con le altre situazioni giuridiche soggettive dell'ordinamento.

²³⁴ A. TRAVI, *op. cit.*, rileva in proposito che se l'attività è vincolata, non potendo per definizione esistere un margine di apprezzamento in capo all'amministrazione, le finalità della sua azione sono giuridicamente irrilevanti e che, qualora si pretendesse di distinguere quest'ultime sulla base delle logiche seguite dal legislatore in sede di previsione normativa, lo si farebbe in ragione di un ragionamento non giuridico.

favorevole (*rectius*: creditoria), possa esperire una domanda di accertamento del proprio diritto soggettivo e che l'Autorità Giudiziaria possa anche nominare un consulente tecnico che lo coadiuvi nella sua attività per ciò che concerne l'analisi scientifica delle situazioni fattuali che fungono da presupposto o da elemento costitutivo della fattispecie che prevede il diritto, anche effettuando quindi per la prima volta la valutazione tecnica, senza che la stessa sia stata eseguita dall'amministrazione. Nessuno straripamento nell'esercizio della funzione amministrativa potrebbe infatti verificarsi, non essendo in questi casi la p.a. titolare di poteri pubblicistici.

Al contrario, in presenza di valutazioni scientifiche che, a causa della contestualità cronologica o comunque dell'inscindibilità logico-funzionale con la ponderazione e la scelta fra interessi, si inseriscono in un esercizio propriamente discrezionale di potere amministrativo, la posizione giuridica dei privati coinvolti è quella di interesse legittimo. In tali circostanze, eventuali controversie che coinvolgano l'invalidità di provvedimenti amministrativi rientrano nella giurisdizione dell'Autorità Giudiziaria Amministrativa. Rispetto a valutazioni tecniche che ineriscono ed esprimono propriamente valutazioni valoriali riguardo ad interessi, pare che il giudice amministrativo debba esercitare il proprio sindacato entro i limiti esterni entro cui viene generalmente scrutinato il potere discrezionale, evitando ingerenze relative al merito amministrativo. L'Autorità Giudiziaria potrà così sindacare eventuali errori di fatto in cui è incorsa la p.a., nonché il difetto, l'incongruità, la contraddittorietà o la illogicità della motivazione dei provvedimenti che esprimono queste valutazioni dal contenuto anche di tipo scientifico, ma dovrà arrestare il proprio scrutinio in presenza di considerazioni di opportunità che afferiscono al merito amministrativo.

Ciò non esclude in radice l'utilizzo della consulenza tecnica, strumento processuale di conoscenza generalizzato dall'art. 67 c.p.a., ma comporta che il Giudice Amministrativo, nel chiedere un controllo sulla valutazione tecnica operata dall'amministrazione, debba contenerlo in modo che sia servente e limitato al solo tipo di sindacato che gli è consentito, non fuoriuscendo dai confini di quello che viene comunemente definito un sindacato "estrinseco". Risultando strettamente connesse, se non sovrapposte, le analisi tecniche e quelle di opportunità, può ammettersi che il Giudice Amministrativo possa, in questi casi, farsi assistere da un consulente al quale chiedere di procedere a sindacare la coerenza logico-scientifica della complessiva valutazione anche tecnica dell'amministrazione, ma deve escludersi che possa domandargli di

effettuare nuovamente la stessa, comportando il suo svolgimento l'espressione di considerazioni anche di merito che comportano esercizio di potere amministrativo e che sono precluse all'Autorità Giudiziaria ed ai suoi ausiliari.

Anche allorquando la p.a. pone in essere valutazioni tecniche caratterizzate da opinabilità nella decisione riguardo la loro modalità di esecuzione o i risultati cui possono condurre, nonché dal perseguimento da un interesse pubblicistico preminente, pur in assenza di una ponderazione e di una scelta valoriale di opportunità, vi è esercizio di effettivo potere amministrativo. La posizione giuridica del privato rispetto al quale produce effetti un provvedimento emanato a seguito di una simile valutazione scientifica è dunque anche in questo caso di interesse legittimo e l'Autorità Giudiziaria dotata di giurisdizione è quindi quella Amministrativa.

Il sindacato entro cui tale Autorità può scrutinare questo tipo di valutazioni tecniche si può ritenere tuttavia più ampio rispetto a quello consentito riguardo alle valutazioni in precedenza esaminate e caratterizzate al tempo stesso da elementi sia scientifici che di opportunità. In presenza di una fattispecie che comporta l'esercizio di un potere riconducibile propriamente alla discrezionalità tecnica in senso stretto, oltre al controllo sui presupposti di fatto e quindi anche alla verifica della completezza dell'istruttoria al fine di realizzare una valutazione scientificamente corretta, di fianco altresì all'analisi della congruità e logicità della motivazione, non pare possa negarsi in linea teorica che il giudice amministrativo possa anche sindacare lo svolgimento della stessa valutazione tecnica eseguita dalla p.a., così da verificare che il potere amministrativo di scelta fra più soluzioni opinabili sia stato esercitato con logicità e coerenza. Il sindacato consentito all'Autorità Giudiziaria in questi casi si spinge quindi all'interno della valutazione tecnica, potendo estendersi anche al controllo sulle modalità di esecuzione e sulla scelta fra i risultati cui ha condotto l'analisi scientifica operata dall'amministrazione; utilizzando tuttavia una diffusa terminologia dottrina, risulta essere di tipo "intrinseco debole", essendo interdetto al giudice amministrativo di sostituire la valutazione opinabile della p.a. con quella propria.²³⁵ Sembra

²³⁵ Pienamente condivisibile è la ricostruzione del Cons. giust. Amm., sez. giurisd., 10 giugno 2011 n. 418, che ritiene che «la valutazione di particolare interesse culturale di un immobile costituisce esercizio di c.d. discrezionalità tecnica e, pertanto, è sindacabile in sede di giurisdizione generale di legittimità esclusivamente nei limiti del corretto esercizio dei poteri affidati all'Amministrazione sotto il profilo della completezza dell'istruttoria, dell'effettiva sussistenza dei presupposti per provvedere, dell'osservanza dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità. Al giudice è altresì consentito – mediante l'ausilio della verifica e della consulenza tecnica – verificare la correttezza del criterio tecnico-scientifico adottato dall'Amministrazione e del procedimento applicativo, sostituendo

pertanto consentito che anche in questo caso l'Autorità Giudiziaria chieda l'ausilio di un consulente tecnico, ex art. 67 c.p.a., giungendo a domandargli non solo la verifica della completezza degli elementi di giudizio per il conseguimento di una corretta valutazione tecnica nonché l'analisi della coerenza scientifica della valutazione dell'amministrazione, ma la ripetizione della stessa operazione tecnica.

Alla luce dei limiti innanzi tracciati entro cui il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni scientifiche opinabili della p.a., una simile riproduzione dell'analisi di ordine tecnico deve essere condotta dal consulente e può essere utilizzata dal giudicante solo al fine di verificare che l'amministrazione abbia realizzato con logicità e coerenza la scelta fra le diverse modalità parimenti corrette di esecuzione della valutazione o fra gli alternativi risultati cui essa ha condotto, senza porsi al di fuori del perimetro di ciò che è ritenuto lecito dalla comunità scientifica. In tal modo, risulta sindacabile sia l'erroneità della scelta opinabile dell'amministrazione che, invece di optare fra più modalità alternative e parimenti corrette di eseguire la valutazione tecnica, l'ha realizzata in modo difforme da quanto accettato dagli esperti di quel settore scientifico, sia l'eccesso di potere della p.a. che non si è limitata a scegliere fra più esiti differenti ma ugualmente corretti cui la valutazione è giunta, ma ha provveduto in una modalità ancora diversa, incompatibile con le conclusioni dell'operazione tecnica correttamente eseguita, secondo la miglior scienza di quel momento storico.²³⁶

Al consulente, però, non pare possa chiedersi di esprimere valutazioni ulteriori rispetto a quanto è finalizzato ad un simile scrutinio, pena un'invasione nel merito delle scelte amministrative. Qualora dunque la ripetizione dell'operazione tecnica dimostri che la stessa sia stata non erroneamente eseguita dalla p.a. e che la successiva scelta opinabile su come provvedere risulti non in contrasto con le conclusioni scientifiche cui essa ha condotto, l'Autorità Giudiziaria Amministrativa deve arrestare il proprio sindacato, non potendo annullare il provvedimento in

il proprio giudizio a quello formulato dalla stessa solo nel caso di inattendibilità ed erroneità dei risultati (c.d. controllo intrinseco debole), ma non quando abbia un'opinione diversa da quella espressa dalla p.a.».

²³⁶ L'idea per cui il vizio dell'eccesso di potere non caratterizzi soltanto la discrezionalità amministrativa, ma possa essere utilizzato anche per sindacare l'esercizio dei poteri che coinvolgono l'applicazione di regole tecniche è stata analizzata e sostenuta in diversi scritti di G. ABBAMONTE: cfr. *Illegittimità costituzionale ed eccesso di potere*, in *Studi in memoria di Guido Zanobini*, Giuffrè, Milano, 1965, III, pp. 3-47; *L'eccesso di potere, l'origine giurisprudenziale nel concetto dell'ordinamento italiano (1877-1892)*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, pp. 68 ss.; *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, in *giustamm.it* (maggio 2002).

ragione della sostituzione della scelta opinabile ma non erronea dell'amministrazione con una altrettanto opinabile ma ritenuta più adeguata dal consulente e dal giudice.²³⁷

In definitiva, può quindi rilevarsi che sono ravvisabili circostanze in cui l'Autorità Giudiziaria ed il suo ausiliario tecnico possano effettuare un sindacato penetrante e completo sulla valutazione scientifica compiuta dall'amministrazione ed anche ipotesi in cui possano operare un tale accertamento di tipo scientifico in assenza di una previa valutazione di quest'ultima, quando cioè la p.a. è rimasta silente a fronte dell'istanza del privato. Tali casi, però, per ragioni sistemiche che discendono dal principio di separazione dei poteri, finiscono per coincidere che le ipotesi in cui l'operazione tecnica compiuta in sede giurisdizionale non incide sull'esercizio della funzione amministrativa e risultano così circoscritti agli accertamenti tecnici, semplici o anche altamente complessi, che conducono ad un esito scientificamente certo e si inseriscono dunque in un'attività amministrativa di vincolata esecuzione della legge, il cui sindacato rientra nella giurisdizione del Giudice Ordinario. Il quale si conferma quindi essere il giudice dei diritti e delle libertà dei cittadini.

²³⁷ A. CARIOLA, *Discrezionalità tecnica ed imparzialità*, in *Dir. Amm.*, 1997, pp. 469 ss. osserva in proposito che il controllo giurisdizionale sulla valutazione tecnica della p.a. si risolve nell'analisi della correttezza del giudizio scientifico formulato dalla stessa e può essere sindacato mediante l'osservazione del rispetto delle regole di diligenza professionale durante il suo svolgimento.

PAOLO BRUNO

La strategia per la giustizia elettronica ed il piano d'azione del Consiglio dell'Unione Europea. Accesso al diritto, accesso alla giustizia e comunicazioni giudiziarie transfrontaliere

I. Introduzione.

Il diritto dell'Unione europea ha un ampio raggio d'azione nell'ambito del quadro stabilito dai Trattati; non si occupa solo di aspetti generali, come la determinazione di un quadro legale per l'UE e delle relative modalità operative, ma anche di altri aspetti della vita quotidiana dei cittadini e delle imprese in Europa. Le norme che regolano il riconoscimento del divorzio e delle decisioni relative alle obbligazioni alimentari o in materia di successione, per citarne solo alcune, sono di importanza fondamentale per i cittadini che vivono negli Stati membri. Alcuni esempi di ambiti che rivestono più specificatamente un interesse per le imprese sono, analogamente, il diritto societario, le norme relative al funzionamento del mercato interno e le procedure di insolvenza.

La questione dell'accesso al diritto è dunque fondamentale. È in questo contesto che da alcuni anni si tengono discussioni di carattere tecnico nell'ambito del Gruppo "e-Law" del Consiglio. Il Gruppo è composto di rappresentanti dei 28 Stati membri²³⁸, dell'Ufficio delle pubblicazioni dell'UE²³⁹, della Commissione e del Segretariato generale del Consiglio. Anche rappresentanti della Corte di giustizia dell'Unione europea contribuiscono ai lavori del Gruppo. Il suo mandato specifico è rispondere alla necessità di migliorare la diffusione di dati giuridici e il coordinamento dei mezzi tecnici utilizzati, al fine di garantire che l'accesso al diritto europeo e a quello degli Stati membri, necessario per l'attuazione degli strumenti europei, sia il più semplice possibile.

Il 6 dicembre 2013 il Consiglio dei Ministri dell'UE Giustizia ed Affari Interni (GAI) ha adottato la strategia in materia di *giustizia elettronica europea* per il periodo 2014-2018²⁴⁰ ed il 6 giugno 2014 ha poi adottato il nuovo *piano d'azione pluriennale*²⁴¹ per lo

²³⁸ Per l'Italia i lavori sono seguiti da delegati del Ministero della Giustizia e della Corte di Cassazione, in stretto raccordo con la Rappresentanza permanente d'Italia presso l'UE.

²³⁹ Che dispone di un comitato direttivo in cui sono rappresentate le varie istituzioni dell'UE.

²⁴⁰ Strategia in materia di giustizia elettronica europea 2014-2018 (GU C376 del 21.12.2013, pag. 7).

stesso periodo. La strategia e il piano d'azione fissano le priorità e includono l'elenco dei progetti presi in considerazione ai fini dell'attuazione nel relativo periodo, con un calendario indicativo per consentire al Gruppo "e-Law" di darvi un seguito.

Questo elenco di progetti nel settore della giustizia elettronica include sia misure attinenti all'accesso all'informazione nel settore della giustizia (*e-Law*), che all'accesso alla giustizia (*e-Justice*) e ai procedimenti stragiudiziali in situazioni transfrontaliere, nonché alla comunicazione tra autorità giudiziarie (*e-Communication*).

Come previsto dal piano d'azione sopra citato, il Consiglio è stato quindi chiamato a valutare le attività di attuazione nel primo semestre del 2016 ed a proporre eventuali azioni per migliorare il funzionamento della giustizia elettronica e tanto ha fatto nella riunione dello scorso 9 giugno 2016 a Lussemburgo allorquando ha approvato un documento contenente lo stato dell'arte al termine del primo biennio (*mid term review*).

II. Panoramica dei lavori in materia di giustizia elettronica europea

1. Accesso alle informazioni nel settore della giustizia.

Il *portale della giustizia elettronica*²⁴², concepito come uno sportello unico (*one stop shop*) elettronico nel campo della giustizia e gestito dalla Commissione europea con la collaborazione degli Stati membri - che forniscono e verificano l'aggiornamento delle informazioni - ha registrato nel corso del 2015 oltre 3,5 milioni di accessi. La sua attuazione è proseguita in linea con i regolari piani di lavoro presentati dalla Commissione al Gruppo "e-Law" all'inizio di ciascuna presidenza di turno del Consiglio dell'UE. Dall'adozione del piano d'azione è stata aggiunta al portale una quantità considerevole di nuove informazioni, incluse le pagine in materia di famiglia, varie schede di formazione giudiziaria e contributi della *Rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale* (RGE/EJN) (ad es. sulle successioni). La Commissione sta inoltre svolgendo uno studio sull'utilizzabilità del portale della giustizia elettronica, anche esso previsto nel piano d'azione, in seguito al quale prevede di valutare le raccomandazioni insieme agli Stati membri e procedere alla loro attuazione.

²⁴¹ Piano d'azione pluriennale 2014-2018 in materia di giustizia elettronica europea (GU C 182 del 14.6.2014, pag. 2).

²⁴² <https://e-justice.europa.eu/home.do?action=home&plang=it>

Una serie di altri progetti è in corso nel quadro del gruppo di esperti del Consiglio istituito sin dall'adozione del piano d'azione allo scopo di potenziare il più vasto settore della giustizia elettronica e migliorare i contenuti del portale della giustizia elettronica. I risultati dei lavori svolti nel contesto dei gruppi di esperti in materia di videoconferenza transfrontaliera, diritti fondamentali, interconnessione dei registri dei testamenti, minori nel contesto dei procedimenti giudiziari, aste giudiziarie²⁴³, dati aperti (*open data*) e strategia di comunicazione multicanale per la giustizia saranno utilizzati a vantaggio della giustizia elettronica nelle situazioni transfrontaliere, nonché per migliorare il contenuto del portale e aggiungere nuove funzionalità.

E' stato inoltre istituito un gruppo di esperti del Consiglio sulla infrastruttura *e-CODEX*²⁴⁴ per trattare le questioni relative allo sviluppo e alla manutenzione in corso di soluzioni tecniche specifiche per la comunicazione transfrontaliera tra le autorità giudiziarie nel settore della giustizia; sono stati aggiunti al portale della giustizia elettronica le informazioni sui sistemi sviluppati nell'ambito di iniziative intraprese da membri delle professioni legali (quali avvocati, notai e ufficiali giudiziari) e i relativi collegamenti; i progetti interattivi "*trovare un avvocato*" e "*trovare un notaio*" sono stati avviati nel dicembre 2014 e attualmente consentono ricerche in tempo reale di un operatore della giustizia rispettivamente in 19 e 23 Stati membri; sono in corso i lavori sul progetto "*trovare un ufficiale giudiziario*"; saranno integrati nel portale i risultati del progetto della guida europea per la consulenza (EGLE) sulle migliori prassi nel settore delle consulenze giuridiche svolto dai periti giudiziari ed è parimenti in corso una riflessione riguardo all'attuazione di registri di periti giudiziari e di un repertorio dei medesimi ("*trovare un perito giudiziario*").

²⁴³ Progetto guidato dalla delegazione italiana: si propone di creare due nuove pagine all'interno del Portale, dedicate alle Aste giudiziarie nei vari Stati membri e contenenti informazioni sul loro svolgimento nonché *links* ai siti nazionali dei beni messi all'asta.

²⁴⁴ Il Progetto e-CODEX si prefigge l'obiettivo di disegnare un sistema di giustizia elettronica europea totalmente intercomunicante a livello tecnico, fornendo la piattaforma generale (*large scale project*) e le soluzioni tecniche per l'interconnessione dei sistemi nazionali nonché attraverso progetti pilota (quali European Payment Order, Small Claims, EURegio, etc.). Le discussioni sulla sostenibilità del progetto e-CODEX sono state formalmente avviate durante la presidenza italiana nel dicembre 2014. Quale seguito, nel luglio 2015 è stato istituito un gruppo di esperti in materia di e-CODEX con l'obiettivo di garantire un meccanismo di governance transitorio stabile per il progetto e-CODEX e i progetti successivi. Il gruppo di esperti ha predisposto una tabella di marcia per la governance del progetto, che è stata adottata dal Consiglio GAI nel dicembre 2015. La tabella di marcia riconosce la necessità di una soluzione provvisoria per il mantenimento dei risultati dei progetti restanti e suggerisce un calendario successivo al 2018 per l'acquisizione delle soluzioni tecniche da parte di un'agenzia dell'UE.

Un nuovo progetto unirà le offerte di formazione della rete europea di formazione giudiziaria (REFG/EJTN) e del Consiglio degli ordini forensi dell'Unione europea (CCBE) in un settore del portale, fornendo un forte impulso alla formazione giudiziaria in Europa; sono peraltro in corso discussioni sull'integrazione nel portale del sito web sviluppato dalla rete giudiziaria europea.

Il sito web *EUR-Lex*, una preziosa piattaforma di accesso al diritto gestita dall'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, è uno dei più importanti e longevi prodotti dell'Unione europea. Questo sito, accessibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=it> fornisce informazioni dettagliate sul diritto dell'UE, ospita pagine della Gazzetta ufficiale dell'Unione europea e offre un'enorme quantità di informazioni in merito a procedure legislative, atti preparatori e giurisprudenza dell'UE.

Grazie alla sua continua evoluzione, EUR-Lex ha gradualmente aggiunto nuovi contenuti di cui è poi stato riconosciuto il carattere fondamentale. Così, mentre le prime versioni del sito presentavano contenuti puramente "europei", ora il portale *N-Lex*²⁴⁵ contiene collegamenti alla legislazione nazionale. Il sito offre anche strumenti di ricerca sempre più efficienti e dettagliati, concepiti in funzione delle necessità tanto dei cittadini quanto dei professionisti legali.

2. Registri.

Come affermato nel piano d'azione sopra citato, il portale europeo della giustizia elettronica dovrebbe offrire un *punto di accesso unico*, mediante interconnessioni, alle informazioni contenute nei registri nazionali pertinenti al settore della giustizia. L'azione in questo ambito dovrebbe essere incentrata sull'interconnessione dei registri che presentano un interesse per i cittadini, le imprese, gli operatori della giustizia e i magistrati. Nei casi in cui non esiste un quadro giuridico dell'UE per i lavori da intraprendere, la partecipazione al progetto avviene su base volontaria.

²⁴⁵ Il sito N-Lex, lanciato nel 2006, è inteso a fornire informazioni sulla legislazione nazionale di tutti gli Stati membri dell'UE. N-Lex mette a disposizione un unico modulo di ricerca in tutte le lingue che visualizza risultati provenienti dalle banche dati nazionali degli Stati membri. Se utilizzato in combinazione con il glossario *Eurovoc*, questo sistema permette ai cittadini di effettuare ricerche su concetti con cui non hanno familiarità nella propria lingua o che sono estranei all'ordinamento del proprio paese.

In questo settore è in corso una serie di importanti progetti, che sono monitorati su base regolare dal Gruppo "e-Law", fra cui è opportuno citare : a) *interconnessione dei registri delle imprese degli Stati membri*, in cui i lavori sono in corso, a seguito dell'adozione della direttiva 2012/17/UE il 13 giugno 2012²⁴⁶ e la preparazione del sistema dovrebbe essere completata entro l'8 giugno 2017; b) *interconnessione dei registri delle insolvenze degli Stati membri*: il progetto pilota iniziale, che coinvolge sette Stati membri, è divenuto operativo sul portale della giustizia elettronica nel luglio 2014 ed in seguito è stato adottato, il 20 maggio 2015, il regolamento (UE) 2015/848 sulle procedure di insolvenza²⁴⁷. A norma dell'articolo 25 di detto regolamento, la Commissione attua l'interconnessione dei registri delle insolvenze di tutti gli Stati membri. I lavori a tale riguardo stanno per cominciare e il sistema dovrebbe essere operativo entro il 26 giugno 2019; c) *interconnessione dei registri catastali di taluni Stati membri* sulla base dei lavori iniziati nel 2015 dopo uno studio di fattibilità iniziale svolto dalla Commissione. Si prevede la messa a punto di una prima versione entro la fine del 2017; d) *interconnessione delle banche dati di interpreti e traduttori giuridici* sulla base del relativo progetto pilota di ricerca, che copre le banche dati di sette Stati membri. Il progetto è stato finalizzato alla fine del 2015 in vista della sua integrazione nel portale della giustizia elettronica in futuro; e) i lavori sul *progetto Babellex*, che mira a creare uno spazio online in cui si può chiedere aiuto ai traduttori giuridici riguardo a qualsiasi procedimento giudiziario che richieda servizi di interpretazione o traduzione, sono in corso; f) i lavori concernenti *l'interconnessione dei registri elettronici dei testamenti degli Stati membri* sono stati avviati nel quadro di un sottogruppo del Gruppo "e-Law". Lo scopo è potenziare gli sviluppi nel settore dell'interconnessione dei registri dei testamenti e delle successioni transfrontaliere al fine di incoraggiare gli Stati membri a registrare i testamenti e scambiare per via elettronica i dati necessari per le questioni successorie. I lavori sono svolti in stretta cooperazione con i Notai e l'associazione della rete europea dei registri dei testamenti (ENRWA) al fine di promuovere le funzionalità da essi sviluppate; g) la Commissione ha avviato uno studio di fattibilità concernente la creazione di un *certificato successorio europeo elettronico* a seguito

²⁴⁶ Direttiva 2012/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2012, che modifica la direttiva 89/666/CEE del Consiglio e le direttive 2005/56/CE e 2009/101/CE del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di interconnessione dei registri centrali, commerciali e delle imprese (GU L 156 del 16.6.2012, pag. 1).

²⁴⁷ Regolamento (UE) n. 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza (GU L 141 del 5.6.2015, pag. 19).

dell'entrata in vigore del nuovo regolamento sulle successioni²⁴⁸ il 17 agosto 2015. Si prevede che i risultati dello studio di fattibilità della Commissione siano disponibili nel 2017; h) infine, l'attuazione della *banca dati sul diritto dei consumatori* è in corso all'interno della Commissione. In base al programma attuale, la banca dati dovrebbe essere disponibile entro la fine del 2016.

3. Web semantico.

Gli atti dell'Unione europea sono altamente specifici e contengono una grande varietà di concetti, il che ha presto reso necessari strumenti per la catalogazione di tali concetti. Infatti, una disposizione del diritto dell'UE che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata deve normalmente dar luogo, in tutta l'Unione europea, ad un'interpretazione autonoma e uniforme in cui si tenga conto del contesto della disposizione stessa e dello scopo perseguito dalla normativa di cui trattasi²⁴⁹.

In quest'ottica, l'Unione europea ha sviluppato *Eurovoc*, un thesaurus di termini utilizzati in tutti i settori del diritto dell'UE. Al fine di soddisfare le necessità degli utenti e di tener conto della natura dell'Unione europea, il thesaurus è disponibile in tutte le lingue dell'UE. Gli utenti alla ricerca di informazioni su un determinato concetto possono trovare, grazie ai glossari, il concetto corrispondente in un'altra lingua. Analogamente, il progetto di terminologia giuridica *Legivoc* è stato messo online nel dicembre 2014. Il progetto, gestito dal ministero francese della giustizia, contiene il vocabolario giuridico interoperabile di 15 ordinamenti giuridici dell'UE ed è stato ideato per l'utilizzo in qualsiasi situazione che richieda la traduzione di un concetto nazionale da un ordinamento giuridico all'altro.

Ulteriori lavori significativi sono stati realizzati sia a livello dell'UE che negli Stati membri per lo sviluppo di mezzi efficaci per lo scambio transfrontaliero di informazioni giuridiche, in particolare di dati relativi alla legislazione, alla giurisprudenza e ai glossari giuridici europei o nazionali.

²⁴⁸ Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo (GU L 201 del 27.7.2012, pag. 107).

²⁴⁹ Cfr. ECJ, C-467/08, *Padawan*, EU:C:2010:620, punto 32.

In siffatto contesto è bene richiamare le conclusioni del Consiglio che invitano all'introduzione dell'*European Case Law Identifier* (ECLI) e di una serie minima di metadati uniformi per la giurisprudenza²⁵⁰ adottate nel 2010. L'ECLI è ora (parzialmente) attuato da nove Stati membri, dalla Corte di giustizia, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Commissione di ricorso dell'Ufficio europeo dei brevetti ed altri nove Stati membri stanno lavorando alla sua attuazione. La prima versione del motore di ricerca dell'ECLI è divenuta operativa sul portale europeo della giustizia elettronica il 4 maggio 2016 e si prevede che i lavori continuino in futuro.

A seguito dell'adozione delle conclusioni del Consiglio che invitano all'introduzione dell'*identificatore della legislazione europea* (ELI)²⁵¹, l'attuazione dell'ELI sta per essere ultimata in sette Stati membri. I lavori sull'ELI proseguono ed è prevista la partecipazione di altri Stati membri.

B. Accesso alla giustizia e ai procedimenti stragiudiziali in situazioni transfrontaliere

1. Aspetti generali.

Come stabilito nel piano d'azione più volte citato, l'esercizio dell'azione in giudizio e l'avvio di procedimenti stragiudiziali, in particolare in situazioni transfrontaliere, dovrebbero essere agevolati mediante la disponibilità della comunicazione con mezzi elettronici tra organi giurisdizionali e parti del procedimento nonché testimoni, periti e altri partecipanti.

È già possibile ricorrere all'ingiunzione di pagamento europea²⁵² con mezzi elettronici in situazioni transfrontaliere fra taluni Stati membri tramite la tecnologia *e-CODEX*²⁵³, fatte salve le

²⁵⁰ Conclusioni del Consiglio che invitano all'introduzione dell'*European Case Law Identifier* (ECLI) e di una serie minima di metadata uniformi per la giurisprudenza (GU C 127 del 29.4.2011, pag. 1).

²⁵¹ Conclusioni del Consiglio che invitano all'introduzione dell'*identificatore della legislazione europea* (ELI) (GU C 325 del 26.10.2012, pag. 3)

²⁵² Regolamento (CE) n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento (GU L 399 del 30.12.2006, pag. 1).

²⁵³ Acronimo di *e-justice Communication via Online Data Exchange*, e-CODEX è un progetto europeo a larga scala co-finanziato dalla Commissione Europea e finalizzato a mettere in comunicazione i sistemi nazionali, senza sostituirsi a questi, attraverso una infrastruttura tecnologica sicura e affidabile.

Vi partecipano 22 Stati, di cui 19 Stati Membri, più Norvegia, Turchia e Jersey, oltre al CCBE, CNUE e all'organismo di standard tecnici OASIS.

limitazioni giuridiche in vigore negli Stati membri ma sono in corso lavori per migliorare lo strumento ed estenderne l'utilizzo ad altri Stati membri.

Procedono inoltre i lavori per attuare il procedimento per le controversie di modesta entità²⁵⁴ (c.d. *small claims*) con mezzi elettronici in situazioni transfrontaliere nell'ambito del progetto e-CODEX, e detta funzionalità è già operativa fra taluni Stati membri.

Dunque la Commissione ha terminato di integrare la tecnologia e-CODEX nel portale europeo della giustizia elettronica nel contesto dell'ingiunzione di pagamento europea e dei moduli dinamici per le controversie di modesta entità, ed il portale consentirà pertanto ai cittadini e alle imprese (o ai loro rappresentanti) di trasmettere elettronicamente le controversie direttamente all'organo giurisdizionale competente²⁵⁵.

Vanno inoltre citati i lavori relativi all'utilizzo della *videoconferenza nei casi transfrontalieri* nel contesto dei procedimenti giudiziari, che sono continuati nell'ambito dello specifico gruppo di esperti istituito nel quadro del gruppo "e-Law". Nel giugno 2015 sono state adottate raccomandazioni del Consiglio sulla videoconferenza transfrontaliera²⁵⁶, basate sui risultati del gruppo di esperti. I lavori proseguono nel contesto di un progetto specifico finanziato dalla Commissione al fine di elaborare orientamenti pratici per gli operatori della giustizia.

Il progetto della *banca dati degli organi giurisdizionali* fornirà ai cittadini e agli operatori della giustizia i mezzi per trovare gli organi giurisdizionali competenti per i vari strumenti giuridici. L'attenzione del progetto si concentra attualmente sugli strumenti europei di cooperazione giudiziaria civile come l'ingiunzione di pagamento europea, ma si prevede che sia

Tramite questo progetto sono state effettuate varie sperimentazioni, la prima tra le quali ha riguardato l'ordine di pagamento europeo (detto anche "decreto ingiuntivo europeo"), che è stato reso telematico; l'Italia è stata tra le prime a sperimentarlo, collegando e-CODEX con il PCT, e attivando il tribunale di Milano come sede pilota; si è pronti ad attivarlo su tutti i tribunali.

A breve sarà possibile inviare telematicamente un ricorso direttamente dal Portale Europeo, gestito dalla Commissione Europea, allargando notevolmente il bacino di cittadini e legali che potranno inviare ricorsi dall'estero.

Essendovi largo consenso sul fatto che e-CODEX debba diventare la piattaforma telematica transfrontaliera, già durante la presidenza di turno italiana all'UE è stato deciso che occorre investire sulla sostenibilità di e-CODEX: un progetto di manutenzione (Me-CODEX) è stato appena finanziato, e a regime verrà preso in carico da un'agenzia europea (verosimilmente EULISA).

²⁵⁴ Regolamento (CE) n. 861/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità (GU L 199 del 31.7.2007, pag. 1).

²⁵⁵ La Commissione sta effettuando delle prove *end-to-end* con gli Stati membri che stanno sperimentando i due strumenti giuridici e si prepara a lanciare il dispositivo nel secondo semestre del 2016.

²⁵⁶ Raccomandazioni del Consiglio sul tema "Promuovere l'utilizzo e la condivisione delle migliori prassi in materia di videoconferenza transfrontaliera nel settore della giustizia negli Stati membri e a livello dell'UE" (GU C 250 del 31.7.2015, pag. 1)

estesa ad altri strumenti. È importante ricordare che il progetto è una componente fondamentale di altri progetti ad alta visibilità, come e-CODEX e CLARITY (acronimo di Complaints, Legal Assistance and Rights Information Tool for You, il cui lancio è imminente), i quali consentiranno ai cittadini di trovare l'istituzione giusta che li aiuti nelle questioni inerenti la protezione dei diritti fondamentali. Il progetto della banca dati degli organi giurisdizionali è a disposizione degli utenti del portale dal novembre 2015 in fase *beta* e si prevede che sia a disposizione del pubblico nel primo trimestre del 2016. Attualmente, il progetto contempla gli organi giurisdizionali competenti in relazione a sette strumenti e 12 Stati membri, mentre altri strumenti e Stati membri dovrebbero essere operativi in un prossimo futuro.

2. Cooperazione con i magistrati e gli operatori della giustizia.

La prima riunione nel contesto di tale meccanismo di cooperazione (*c.d. Cooperation Mechanism Forum*) si è tenuta a Bruxelles il 19 giugno 2015. Nella riunione sono stati affrontati quattro argomenti: a) comunicazioni elettroniche fra gli operatori della giustizia e gli organi giurisdizionali, b) videoconferenza, c) il certificato successorio europeo e d) il contenuto statico del portale della giustizia elettronica. La riunione ha attratto un vasto numero di rappresentanti degli operatori del mondo giudiziario. Una seconda riunione si è tenuta il 30 giugno 2016, ha avuto tra gli argomenti in agenda la discussione sulle comunicazioni elettroniche in ambito giudiziario nonché alcune presentazioni di buone prassi in tale contesto e la proiezione di un video realizzato dal Ministero della Giustizia italiano sulle interazioni tra il processo civile telematico ed e-CODEX (con la simulazione dell'invio di un ricorso per decreto ingiuntivo europeo dalla Francia al Tribunale di Milano).

Dall'approvazione da parte del Consiglio di un accordo di cooperazione con la Rete Giudiziaria Europea nell'ottobre 2013, sono inoltre proseguite le discussioni tecniche in materia penale al fine di integrare il relativo sito web nel portale della giustizia elettronica. L'avvio dell'attuazione da parte della Commissione, di concerto con la Rete, è previsto nel 2016.

3. Comunicazione tra autorità giudiziarie.

Come stabilito nel piano d'azione, lo sviluppo delle comunicazioni elettroniche tra le autorità giudiziarie degli Stati membri, che a sua volta implica lo studio di soluzioni e norme tecniche che

ne salvaguardino la segretezza e l'affidabilità, più in particolare nel quadro degli atti adottati nell'ambito dello spazio giudiziario europeo in materia civile, penale e amministrativa, (ad esempio mediante videoconferenza o scambio elettronico sicuro di dati) è una delle priorità dell'azione del Consiglio.

Nel solco di tale azione sono in fase di elaborazione ulteriori funzionalità per uno scambio efficace e sicuro delle informazioni nell'ambito del progetto e-CODEX. Queste funzionalità si riferiscono all'assistenza giudiziaria reciproca in materia penale²⁵⁷, alla decisione quadro 2008/909/GAI sullo scambio di detenuti²⁵⁸, al reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie²⁵⁹, al procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento²⁶⁰, al sistema di interconnessione dei registri delle imprese²⁶¹ e al progetto "*trovare un avvocato IP*". I progetti pilota riguardano una vasta gamma di componenti tecniche, incluse le firme elettroniche, l'identificazione elettronica, la consegna elettronica, la semantica e la protezione dei dati

Vale la pena anche citare il progetto *iSupport* della Conferenza dell'Aia sul diritto internazionale privato, iniziato nel settembre 2014, il cui obiettivo è sviluppare, in un periodo di due anni, un sistema elettronico di comunicazione protetta e di gestione dei casi per agevolare il recupero transfrontaliero degli obblighi alimentari ai sensi del regolamento UE sulle obbligazioni alimentari (n.4/2009) e della Convenzione dell'Aia sulle prestazioni alimentari del 2007. Lo sviluppo del sistema è iniziato il 17 luglio 2015 ed è tuttora in corso.

C. Relazioni esterne.

I risultati dell'attuazione dell'identificatore europeo della giurisprudenza (ECLI) e della legislazione (ELI) sono stati presentati al Consiglio "Affari generali e Politica" della Conferenza dell'Aia nell'aprile 2014. I lavori del gruppo di esperti del Consiglio sulla videoconferenza transfrontaliera e le raccomandazioni del Consiglio sull'utilizzo della tecnologia della videoconferenza nei procedimenti giudiziari sono stati presentati al gruppo di esperti della

²⁵⁷ Sulla base di vari atti giuridici, in particolare la direttiva 2014/41/UE del 3 aprile 2014.

²⁵⁸ Sulla base della decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio del 27 novembre 2008.

²⁵⁹ Sulla base della decisione quadro 2005/214/GAI del Consiglio del 24 febbraio 2005.

²⁶⁰ Regolamento (CE) n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento.

²⁶¹ Direttiva 2012/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2012, che modifica la direttiva 89/666/CEE del Consiglio e le direttive 2005/56/CE e 2009/101/CE del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di interconnessione dei registri centrali, commerciali e delle imprese.

Conferenza dell'Aia sull'utilizzo della connessione video e altre moderne tecnologie nell'assunzione delle prove all'estero, convocata all'Aia dal 2 al 4 dicembre 2015.

Hanno già avuto luogo discussioni preliminari con gli Stati aderenti alla convenzione di Lugano sulla possibile attuazione dell'ECLI e dell'ELI. Per quanto riguarda l'ELI, sono in corso discussioni anche con l'Albania. Parimenti, hanno avuto inizio discussioni preliminari con i paesi dell'America latina al fine di avviare una cooperazione più strutturata nel settore della giustizia elettronica ed a tal fine si sta esplorando la possibilità di cooperazione con il portale iberoamericano della giustizia elettronica.

D. Seguito.

Per attuare gli obiettivi del secondo piano d'azione pluriennale in materia di giustizia elettronica, il gruppo "*e-Law*" ha adottato una metodologia di lavoro che prevede la creazione di gruppi di esperti dedicati onde compiere progressi nei relativi settori di intervento. Questi gruppi sono guidati da taluni Stati membri con la partecipazione volontaria di altri Stati membri interessati, e tale meccanismo consente ai predetti Stati di trasmettere i risultati al gruppo "*e-Law*", e caso per caso al Coreper ed infine al Consiglio.

Questo metodo di lavoro si è dimostrato molto utile per stimolare nuovi progetti nel settore della giustizia elettronica ed ha consentito la partecipazione di esperti giuridici in tutto il settore della giustizia a livello nazionale. A tali gruppi di esperti partecipano infatti, all'occorrenza, altri operatori della giustizia come i rappresentanti di Avvocati e Notai.

In funzione della disponibilità di risorse amministrative degli Stati membri, il Consiglio ha previsto l'istituzione, nel secondo semestre del 2016 e nel primo semestre del 2017, di ulteriori gruppi di esperti aggiuntivi rispetto a quelli previsti nell'allegato al piano d'azione 2014-2018. Questi gruppi di esperti riguardano una serie di progetti importanti in attesa di essere avviati (gruppi di esperti in materia di annunci giudiziari ufficiali, istituti penitenziari, notificazione elettronica degli atti, registro dei diritti di rappresentanza e dei poteri dei rappresentanti legali, progetto "*trovare un mediatore*" ed *e-APP*).

E. Conclusioni.

Dalla panoramica (non esaustiva, trattandosi di un settore dei lavori del Consiglio in crescita esponenziale) così effettuata è dunque possibile evincere che il tema della Giustizia elettronica ha ormai assunto, qualitativamente e quantitativamente, un posto di rilievo nell'attività del Consiglio dell'Unione europea.

La sfida che vede impegnati tutti gli Stati membri è duplice: da un lato, quella della piena integrazione dei sistemi giudiziari, con metodologie che salvaguardino le specificità dei sistemi nazionali – su cui molti di essi hanno investito enormi risorse – ma garantiscano al contempo la necessaria sicurezza, riservatezza e tutela dei dati scambiati (il che passa necessariamente attraverso lo stabilimento di regole minime comuni in fatto di affidabilità dei protocolli che garantiscono l'accesso a detti sistemi); dall'altro, la più ampia diffusione della conoscenza di tutti quegli strumenti che consentono una piena realizzazione del diritto fondamentale del cittadino europeo a partecipare attivamente e consapevolmente ad un giudizio in un Paese diverso dal proprio.

Le peculiarità degli ordinamenti giuridici nazionali, l'enorme mole di informazioni sulla produzione legislativa e giurisprudenziale - non solo europea ma anche nazionale - e le barriere costituite dalla lingua e da concetti che derivano da tradizioni giuridiche diverse, potrebbero infatti disorientare l'utente vanificandone gli sforzi ed in definitiva impedendogli di realizzare appieno la propria aspirazione ad una cittadinanza europea che non è solo libertà di movimento o di investimento ma è anche possibilità di conoscere e tutelare i propri diritti davanti ad un Giudice di qualsiasi Stato membro.